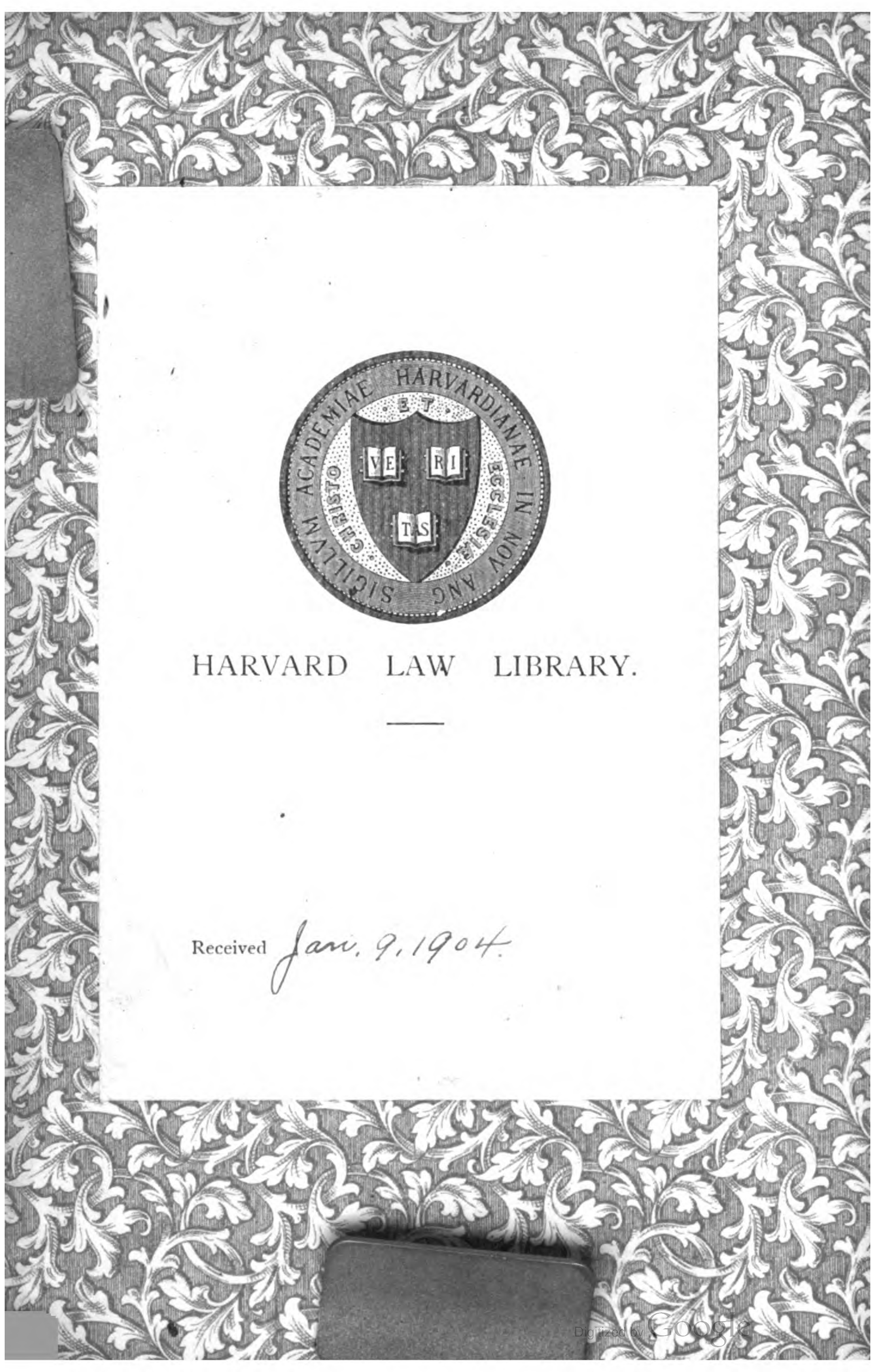
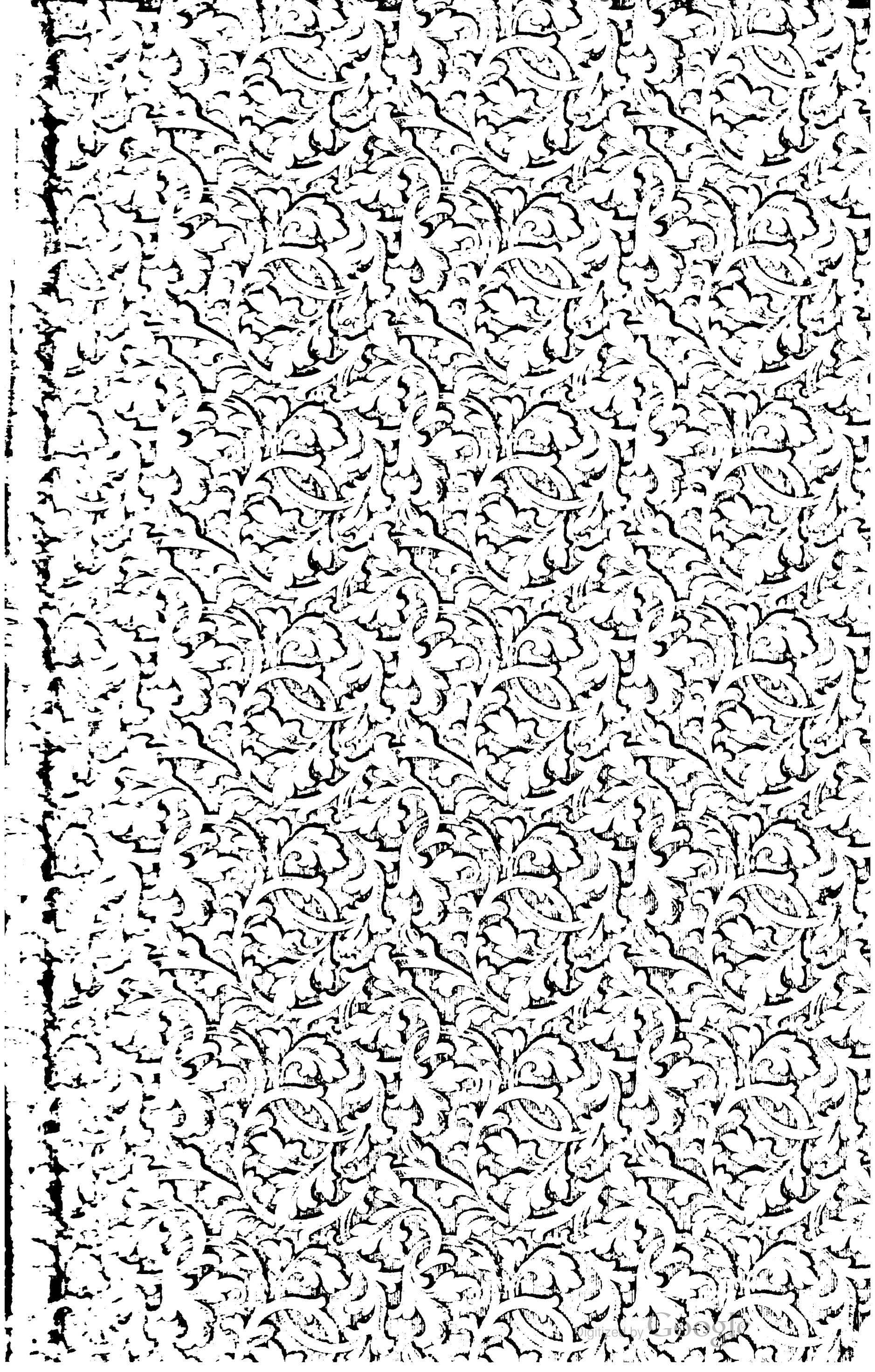



HARVARD LAW LIBRARY.
Received Jan. 9, 1904.



# Beiträge

zur

# Erläuterung des Deutschen Rechts

in besonderer Beziehung

auf das Preußische Recht

mit Einschluß

**des Handels- und Wechselrechts.**


Begründet von Dr. J. A. Gruchot.

Herausgegeben

von

**Rassow,** Reichsgerichtsrath. und **Küntzel,** Landgerichtsrath.


**Dritte Folge.**

Vierter Jahrgang.

(Der ganzen Reihe der Beiträge XXIV. Jahrgang.)


Berlin.

Verlag von Franz Vahlen.

1880.

Rec. Jan. 9, 1904.

# Inhalts-Verzeichniß des XXIV. Jahrganges.

## (Dritte Folge IV.)

## Abhandlungen.

### (Erstes Heft.)


| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 1. | Ihering's Definition des Rechts. Eine Studie von Herrn Amtsrichter Kühnast in Rummelsburg in Pommern . . . . . . . . | 1 |
| 2. | Die Revisionsinstanz und das Landesrecht nach der Kaiserlichen Verordnung betreffend die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 28. September 1879. Von Herrn Dr. Eccius, Geh. Reg.-Rath und vortr. Rath im Reichs-Justizamte zu Berlin . | 20 |
| 3. | Ueber die Zustellung der amtsgerichtlichen Urtheile und die Frage, ob eine Frist, deren Beginn von einer Zustellung abhängig ist, mit dieser auch gegen diejenige Partei beginnt, in deren präsumtivem Auftrage die Zustellung erfolgt ist. (Zu §§ 154, 288, 198 der Civ.P.O.) Von Herrn Landgerichtsrath Hermann Meyer in Münster und Herrn Geh. Ober-Justizrath Kurbaum II. in Berlin . . . . . | 50 |
| 4. | Beiträge zur Lehre vom Licht- und Fensterrecht nach A.L.R. Von dem Herrn Geh. Ober-Justizrath Paris in Berlin . . . . . . . . | 67 |


### (Zweites bis viertes Heft.)


| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 5. | Ihering's Definition des Rechts. Eine Studie von Herrn Amtsrichter Kühnast in Rummelsburg in Pommern . . . . . . . . | 153 |
| 6. | Der Einwand der unzulässigen Klageänderung nach dem neuen Prozeßrechte in formeller Beziehung. Von Herrn Landrichter Albert Westerburg in Duisburg . . . . . . . . . . . . . . | 170 |
| 7. | Giebt es noch eine Abweisung in angebrachter Art? Von Herrn Landrichter Albert Westerburg in Duisburg . . . . . . . . . | 186 |
| 8. | Eidesversäumniß und Verhandlungsversäumniß. Zu § 430 der Deutschen Civilprozeßordnung. Von dem Herrn Amtsrichter Voß in Bergen | 228 |
| 9. | Die Begründung der Interventionsklage auf Herausgabe abgepfändeter Mobilien. Von Herrn Gerichts-Assessor Dr. v. Glasenapp in Berlin . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 245 |
| 10. | Ueber die rechtzeitige Annahme des einem Abwesenden übersendeten Antrags zum Abschluß eines Versicherungs-Vertrages nach dem Preuß. Allg. Landrecht und dem Handelsgesetzbuche. Von dem Herrn Geh. Justizrath Dr. von Krämel in Naumburg . . . . . . . . . | 297 |
| 11. | Die durch den Prozeßrichter vermittelte Vormerkung. Von dem Herrn Landrichter Kindel in Halle . . . . . . . . . . . . . . | 303 |
| 12. | Kollision zwischen Waldservituten und Forstkultur. Von Herrn Geh. Ober-Justizrath Paris, z. Z. in Leipzig . . . . . . . . . . | 336 |

Nr. Seite

13. Wird nach preußischem Recht die väterliche Gewalt über einen Großjährigen durch den ohne Vorwissen des Vaters begonnenen Betrieb eines eigenen Gewerbes aufgehoben? Unter wesentlicher Benutzung eines Urtheils des früheren Reichs-Oberhandelsgerichts mitgetheilt von einem Mitgliede dieses Gerichtshofes . . . . . . . . . 346
14. Ueber das Prinzip des forum contractus. Von Herrn Dr. jur. Alex. Peter in Leipzig . . . . . . . . . . . . . . . . . . 366

## (Fünftes Heft.)

15. Ueber die Ausbildung der Referendare bei den preußischen Gerichtsbehörden. Von Herrn Landgerichts-Präsidenten Schaper in Liegnitz. 629
16. Die durch den Prozeßrichter vermittelte Vormerkung. Von Herrn Landrichter Kindel in Halle (Schluß von Nr. 11 dieses Jahrg.) . 643
17. Das Verbot der Chikane. Von Herrn Dr. Max Rewoldt in Greifswald . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 677
18. Der gewillkürte Gerichtsstand. Von Herrn Prof. Dr. Adolf Wach 703
19. Die sogen. fakultative mündliche Verhandlung der Civilprozeßordnung. Von Herrn Landgerichtsrath Georg Hoffmann in Leipzig . . . 730
20. Die Befugniß des Gerichts zur Trennung der Verhandlung und Entscheidung nach der Deutschen Civilprozeßordnung. Von Herrn Landrichter Schepers in Dortmund . . . . . . . . . . . . 749
21. Ist in Prozeßsachen alten Verfahrens die Zustellung von Erkenntnissen an den Zustellungsbevollmächtigten rechtlich wirksam? Von Herrn Landgerichtsrath Schnee in Nordhausen . . . . . . . . . . 765

## (Sechstes Heft.)

22. Ueber Auslegung der Gesetze. Kritische Bemerkungen von Herrn Amtsrichter Dr. Deutschmann in Stuhm . . . . . . . . 805
23. Zur Klage aus der nützlichen Verwendung nach §§ 262 ff. I. 13 des preußischen Allgemeinen Landrechts. Von einem preußischen Juristen 821
24. Zur Auslegung des § 13 Nr. 3 des preußischen Gesetzes vom 2. Juli 1875, betreffend die Anlegung und Veränderung der Straßen und Plätze und ländlichen Ortschaften, G.S. 1875 S. 561 ff. Von Herrn Reichsgerichtsrath Schwarz in Leipzig . . . . . . . . . . 832
25. Findet § 332 Abs. 1 der C.P.O. auch Anwendung, wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht stattfinden soll? Von Herrn Landrichter Fischer in Conitz . . . . . . . . . . . . 839
26. Die Befugniß des Gerichts zur Trennung der Verhandlung und Entscheidung nach der Deutschen Civilprozeßordnung. (Schluß von Nr. 20 dieses Jahrganges.) Von Herrn Landrichter Schepers in Dortmund 859

# Aus der Praxis.

## (Erstes Heft.)

A. Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts . . . . . . . . . . 90
B. Einzelne Rechtsfälle:
1. Begriff der Zahlung. Beweislast bei einem Streit darüber, auf welche von mehreren Forderungen gezahlt ist . . . . . . . . . . 90
2. Unzulässigkeit der Possessorienklage gegen Beamte, welche polizeiliche Anordnungen ausführen . . . . . . . . . . . . . 93

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 3. | Possessorienklage. Zulässigkeit des Rechtswegs. Absicht der Störung. Anspruch auf Wiederherstellung des Zustandes vor der Störung | 95 |
| 4. | Possessorienklage. Rechtliche Möglichkeit des Besitzes an öffentlichen Grundstücken | 96 |
| 5. | Wirkung einer Arresteintragung auf die Rangordnung später eingetragener Hypotheken | 97 |
| | (Nr. 1 bis 5 Erkenntnisse des Reichsgerichts.) | |
| 6. | Wirkung der Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung. Klagerecht | 100 |
| 7. | Wirkung der Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung gegenüber späterer Belastung. Glaube des Hypothekenbuchs | 102 |
| 8. | Wirkung der Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung und der Uebergabe eines verkauften Grundstücks gegenüber dem Sequestrationsantrage eines Gläubigers des Verkäufers | 105 |
| 9. | Umfang des Hypothekenrechts. Eigenthumserwerb der Handelsgesellschaft an dem Grundstücke eines Gesellschafters. Pertinenzialqualität | 107 |
| 10. | Kollision der Rechte mehrerer Cessionarien derselben Hypothek | 111 |
| 11. | Zur Anwendung des § 50 des Ges. v. 5. Mai 1872 | 116 |
| 12. | Wirkung der Entsagung des Nießbrauchs seitens des Nießbrauchberechtigten, welcher die Ausübung des Nießbrauchs einem Anderen übertragen hat | 119 |
| | (Nr. 6 bis 12 Erkenntnisse des III. Senats des Ober-Tribunals.) | |

---

## (Zweites bis viertes Heft.)

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| | A. Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts | 408 |
| | B. Einzelne Rechtsfälle (Entscheidungen des Reichsgerichts): | |
| 13. | Begriff des gemeinen und des außerordentlichen Werthes einer Sache | 409 |
| 14. | Beweislast bei auflösenden Bedingungen | 411 |
| 15. | Nichtzustandekommen des Versicherungsvertrages, wenn nicht alle mit dem Agenten vereinbarten Bedingungen von der Gesellschaft angenommen werden. Begriff der mündlichen Nebenabrede | 411 |
| 16. | Beschränkung des Rechts zum Aufruf eines mündlichen, der schriftlichen Form bedürfenden, theilweis erfüllten Vertrages auf die Kontrahenten und deren Erben | 414 |
| 17. | Konventionalstrafe. Entstehung des Anspruchs durch Verzögerung der Erfüllung. Beweislast für die Behauptung, daß die Erfüllung ohne Vorbehalt angenommen ist | 416 |
| 18. | Wandlungsklage. Ersatz der Futterungskosten eines unbrauchbaren Thieres | 418 |
| 19. | Zulässigkeit der persönlichen Klage auf Auflassung eines Grundstückes gegen den nicht als Eigenthümer eingetragenen Verpflichteten | 420 |
| 20. | Rücktritt vom Vertrage wegen veränderter Umstände. Auslegung des § 378 A.L.R. I. 5 | 422 |
| 21. | Besitzstörung. Begriff des animus turbandi | 423 |
| 22. | Zulässigkeit der Possessorienklage, auch wenn der Beklagte die Besitzstörung vor der Klage beseitigt hat | 425 |
| 23. | Possessorienprozeß. Unzulässigkeit des aus dem Recht zum Besitz hergenommenen Einwandes der Berechtigung | 426 |
| 24. | Possessorienprozeß. Ruhiger Besitzstand | 427 |
| 25. | Unmöglichkeit des Besitzes an gesetzlichen Untersagungsrechten | 428 |
| 26. | Nichtaufhebung von Eigenthumsbeschränkungen zum Besten des gemeinen Wesens durch Willenserklärungen. Begriff eines Grabens oder Kanals in § 100 A.L.R. I. 8 | 430 |
| 27. | Licht- und Zwischenraumsrecht. Auslegung des § 144 A.L.R. I. 8 | |

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| | und des Plenarbeschlusses des preuß. Ober-Tribunals vom 6. Januar 1850 . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 432 |
| 28. | Statutenkollision. Für die Verjährung eines Forderungsrechts ist das örtliche Recht der Obligation maßgebend . . . . . . . . . . | 437 |
| 29. | Beginn der Klageverjährung. Anstellung der Klage auf Erfüllung als den Formmangel heilendes Anerkenntniß des Vertrages . . . | 438 |
| 30. | Beschränkung des § 109 A.L.R. I. 11 auf das Rechtsverhältniß der Kontrahenten . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 440 |
| 31. | Nichtausschluß des Rückforderungsrechts bei formlosen Schenkungen durch nur symbolische Uebergabe (Uebergabe der Schlüssel eines verschlossenen Behältnisses) . . . . . . . . . . . . . . . | 442 |
| 32. | Ausschluß der Akkreszenz durch den Erwerb der Erbportion seitens des eingesetzten Erben . . . . . . . . . . . . . . | 443 |
| 33. | Klage des Geschäftsherrn gegen den Verwalter auf Zahlung seines Guthabens vor der Rechnungslegung. Einrede, daß die Kontrahenten gewußt haben, der Käufer schließe den Vertrag im Auftrage eines Andern . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 445 |
| 34. | Legitimation des eingetragenen Eigenthümers zur Anstellung der Eigenthumsklage in Betreff aller nach dem Kataster zu dem Grundstücke gehörigen Theile . . . . . . . . . . . . . . . | 448 |
| 35. | Eigenthumsklage. Passivlegitimation des zu Unrecht als Eigenthümer Eingetragenen . . . . . . . . . . . . . . . . . | 450 |
| 36. | Verzug setzt schuldbare Nichterfüllung einer Verpflichtung voraus . | 451 |
| 37. | Anfechtung eines Vergleiches wegen Rechnungsfehler, namentlich wegen unrichtiger Ansätze im Inventarium . . . . . . . . . . | 452 |
| 38. | Beschränkung des Rechts des einzelnen Miterben zu Verfügungen über Nachlaßsachen vor erfolgter Theilung. Einflußlosigkeit von Verträgen einzelner Erben auf die testamentarischen Rechte des Testaments-Exekutors . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 454 |
| 39. | Nachweis eines Individualinteresses als Voraussetzung der Befugniß eines Miterben zur Einklagung eines zum ungetheilten Nachlaß gehörigen Aktivi . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 457 |
| 40. | Der Einwand, daß die Bestellung einer Grundschuld gesetzlich unzulässig gewesen, kann dem dritten Erwerber derselben nur in den Fällen des § 38 Eig.-Erw.-Ges. entgegengesetzt werden . . . . . . . | 458 |
| 41. | Rechtliche Natur des Altentheils und von Pflegeberechtigungen als Reallasten, auch wenn dem Pflegeberechtigten ein alternatives Recht auf Geldabfindung eingeräumt ist . . . . . . . . . . . | 459 |
| 42. | Nichtbefreiung der Mennoniten von der Entrichtung von Kalende, Vitaltag und Hausquartal an protestantische Prediger . . . . . | 462 |
| 43. | Nichtaufhebung der auf einem Grundstücke eingetragenen Verpflichtung des Besitzers, für ein anderes Gut gegen ein bestimmtes Entgelt zu arbeiten . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 465 |
| 44. | Berechtigung des Nießbrauchers zur Wegnahme von Steinen . . . | 467 |
| 45. | Bestimmung der Erfüllungszeit durch den Richter. Klage des Verpächters auf Exmission nach Veräußerung des Grundstücks . . . . | 469 |
| 46. | Rücktrittsrecht des Miethers bei nicht rechtzeitiger Uebergabe der vermietheten Sache . . . . . . . . . . . . . . . . . | 471 |
| 47. | Verlust des Rechts des Vermiethers auf Aufhebung des Vertrages durch vorbehaltlose Annahme von Miethszins für die Folgezeit nach erlangter Kenntniß von dem vertragswidrigen Verhalten des Miethers | 473 |
| 48. | Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts des Vermiethers auf die zur Deckung seiner Miethszinsforderung erforderlichen Sachen. Form der Bewilligung der Aftermiethung . . . . . . . . . . . . . . | 475 |
| 49. | Erwerb von Grundgerechtigkeiten durch Verjährung. Animus juris . | 479 |

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 50. | Möglichkeit des Bestehens und der Ersitzung von Wegegerechtigkeiten ohne bestimmten Wegezug . . . . . . . . . . . . . . . . | 481 |
| 51. | Ein Privatverbot des Berechtigten hindert das Erlöschen der Grundgerechtigkeit durch stillschweigende Einwilligung. Auslegung des § 142 A.L.R. I. 8 . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 483 |
| 52. | Begriff der unerlaubten Privatgewalt. Nichtbefugniß der Ehefrau zur Fortnahme vorbehaltenen Vermögens aus der ehelichen Wohnung . | 486 |
| 53. | Auslegung von A.L.R. II. 1 § 211. Vertragsfähigkeit der Ehefrau. Voraussetzungen des mittelbaren Erwerbs des Eigenthums . . . | 488 |
| 54. | Recht des Ehemannes auf Erstattung der aus dem Nießbrauche des Eingebrachten bezahlten Schuldbeträge der Ehefrau . . . . . . | 491 |
| 55. | Passivlegitimation bei Klagen der Nachlaßgläubiger im Falle fortgesetzter Gütergemeinschaft . . . . . . . . . . . . . | 492 |
| 56. | Anfechtung der Ehe wegen Irrthums über die Unbescholtenheit des einen Ehegatten . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 494 |
| 57. | Nichtbeseitigung der böslichen Verlassung durch eine während des Prozesses bethätigte Bereitwilligkeit des schuldigen Ehegatten zur Fortsetzung der Ehe . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 495 |
| 58. | Verbot der Wiederverheirathung im Falle der Ehescheidung wegen verdächtigen Umgangs . . . . . . . . . . . . . . . . | 496 |
| 59. | Wirkung des während des Scheidungsprozesses eintretenden Todes des schuldigen Ehegatten auf den Abfindungsanspruch des unschuldigen | 498 |
| 60. | Unzulässigkeit der Belastung des Pflichttheils mit einer Substitution. Vererblichkeit der Pflichttheilsklage . . . . . . . . . . | 499 |
| 61. | Zulässigkeit des Einwandes eines auf Zahlung von Baukosten belangten Mitgliedes der Kirchengemeinde, daß die in der Umlage der Kirchenvertretung angesetzten Kosten nicht von den Gemeindemitgliedern, sondern vom Patron zu tragen sind . . . . . . . . . | 501 |
| 62. | Stadt Berlin. Zugehörigkeit der Kosten der Herstellung des Niveaus und Gefälles zu den Kosten der Legung des ersten Straßenpflasters | 503 |
| 63. | Verpflichtung der Städte und Dörfer in der Kurmark Brandenburg zur Erhaltung der Land- und Heerstraßen. Nichtgeltung von A.L.R. I. 8 §§ 81, 82 für Dörfer . . . . . . . . . . . . . . . | 505 |
| 64. | Zulässigkeit des Schadensanspruchs gegen eine Dorfgemeinde wegen Vernachlässigung der ihr gesetzlich obliegenden Pflicht zur Unterhaltung einer Brücke . . . . . . . . . . . . . . . . . | 507 |
| 65. | Freie Beurtheilung des Nichtigkeitsrichters bei Prüfung der wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges erhobenen Beschwerde. Beschränkung des Klagerechts auf Benutzung eines öffentlichen Weges . . . . . | 508 |
| 66. | Pflegschaft über einen im Inlande sich aufhaltenden, im Heimathsstaate bevormundeten Nichtpreußen . . . . . . . . . . . . | 511 |
| 67. | Recht der Armenverbände auf Erstattung gewährter Unterstützungen nach Besserung der Vermögenslage des Unterstützten . . . . . . | 513 |
| 68. | Klagerecht der Armenverbände gegen die alimentationspflichtigen Verwandten, wenn der Verarmte die ihnen von diesen angebotene Verpflegung nicht angenommen hat . . . . . . . . . . . . . | 515 |
| 69. | Anrechnung des einem pensionirten Offizier in einer ihm nach seinem Dienstaustritt verliehenen etatsmäßigen Stelle zustehenden Wohnungsgeldzuschusses auf die Pension . . . . . . . . . . . . | 517 |
| 70. | Formlosigkeit der im § 114 des Militär-Pensionsgesetzes vorgeschriebenen Bekanntmachung der Militärverwaltungsbehörde . . . . . | 520 |
| 71. | Berechtigung zur Aufhebung des Lehrvertrags wegen schon vor der Vertragsschließung vorhanden gewesener Unfähigkeit zur Erlernung des Handwerks . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 520 |
| 72. | Nothwendigkeit der Vorentscheidung der Gemeinde- oder Gewerbebehörde bei Streitigkeiten der selbständigen Gewerbetreibenden mit | |

Nr. Seite

ihren Gewerbegehülfen auch nach Lösung des Vertragsverhältnisses. Braumeister sind Gewerbegehülfen . . . . . . . . . . . . . . 522
73. Fabrikarbeiter, die in einem festen Dienstverhältniß stehen, haben das Vorrecht des § 77 Konk.-Ord. (Liedlohn) . . . . . . . . . . . 526
74. Der Inhalt des Katasterauszuges ist für den Gegenstand der Subhastation nicht schlechthin maßgebend . . . . . . . . . . . . 528
75. Unterschied zwischen klagbaren und beurkundeten Verträgen. Nur letztere sind stempelpflichtig . . . . . . . . . . . . . . . . 530
76. Der Grundsatz, daß die einzelnen Rechtsgeschäfte, welche zwischen Miterben zum Zweck der Erbschaftstheilung abgeschlossen werden, einer Stempelabgabe nicht unterliegen, findet auch auf Theilungsverträge zwischen Lehnsnachfolgern und Agnaten Anwendung . . . . . . 531
77. Ein Erbschaftskauf, welchen Miterben zum Zweck der Auseinandersetzung abschließen, unterliegt nicht dem Kaufstempel . . . . . 534
78. Kompetenz der Generalkommission zur Entscheidung von Streitigkeiten über die Nutzungen von Grundstücken, bezüglich welcher das Separationsverfahren eingeleitet ist . . . . . . . . . . . . . . . . . 536
79. Ausschließlichkeit des dinglichen Gerichtsstandes nach der A.G.O. . . 539
80. Nichtermächtigung des Prozeßmandatars zum Empfange einer Ladung zum Schwurtermine nach der A.G.O. — Rechnungslegung als Voraussetzung des Salairanspruchs . . . . . . . . . . . . . . . 541
81. Unterschied zwischen Geständniß und Anerkenntniß. Form des letzteren 543
82. Agnitionsbescheid auf Grund eines von der beklagten Ehefrau unter Beitritt des Prozeßbevollmächtigten des Ehemannes abgegebenen Anerkenntnisses . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 544
83. Nichtübergang des Eigenthums im Falle der Simulation des der Auflassung zu Grunde liegenden Veräußerungsgeschäfts. Inwieweit ist ein Dritter berechtigt, diese Simulation geltend zu machen . . . 545
84. Nichtverpflichtung des Richters zu der Prüfung von Amtswegen, ob die Partei einen von ihr verweigerten Eid in anderer Norm oder über ein quantum minus ableisten könne . . . . . . . . . 548
85. A.G.O. I. 10 §§ 375, 376 enthalten unwesentliche Prozeßvorschriften 549
86. Nichterforderniß der Unterzeichnung der Appellationsrechtfertigung durch den Appellanten . . . . . . . . . . . . . . . . . 550
87. Wirksamkeit des Bestreitens von Thatsachen für die zweite Instanz, auch wenn sie der I. Richter für erwiesen erachtet hat . . . . . 552
88. Difformität der Erkenntnisse, wenn der Appellationsrichter ein Erkenntniß nur mit einer Maßgabe bestätigt. Befugniß des Schuldners zur Deposition einer arrestirten Forderung auch gegenüber dem Cessionar derselben . . . . . . . . . . . . . . . . . 553
89. Beginn der Frist in A.G.O. I. 16 §§ 19, 21 vom Tage des publizirten Erkenntnisses . . . . . . . . . . . . . . . . . . 554
90. Beschränkung der Belehrungspflicht des Richters bei Abgabe von Anerkenntnissen . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 558

## Fünftes Heft.

A. Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts . . . . . . . . . . 768
B. Einzelne Rechtsfälle.
91. Reskript des Justizministers zur Auslegung der §§ 33—46. 49 und 59 der Rechtsanwaltsordnung . . . . . . . . . . . . . . 772

Nr. Seite

## Sechstes Heft.

92. Reskript des Justizministers über die Form der Korrespondenz zwischen den Gerichten höherer Ordnung und den ihnen nachgeordneten Gerichten ihres Bezirks . . . 878

Entscheidungen des Reichsgerichts:

93. Entschädigungsanspruch wegen subjektiver Unmöglichkeit einer judikatmäßigen Leistung. Auslegung von A.L.R. I. 11 § 155 . . . 879
94. Widerruf des Rücktritts von einem formlosen, theilweise erfüllten Vertrage . . . 880
95. Begriff des Vertrages über Handlungen . . . 880
96. Anwendung von A.L.R. I. 5 § 165 auf eine Vereinbarung von Nachbaren über Ausführung von Bauten an der Grenze ihrer Grundstücke 881
97. Schadensanspruch gegen Städte wegen der durch ihre Beamten bei Ausführung ihres Auftrages Dritten zugefügten Beschädigungen . . 881
98. Nichtanwendung des A.L.R. I. 9 § 521 bei Verpachtung einzelner Pertinenzen oder Gerechtsame . . . 882
99. Grundgerechtigkeit. Torfabfuhrrecht ist nicht im Recht zum Abfahren von Gras und Heu enthalten . . . 882
100. Ersitzung von Grundgerechtigkeiten gegen ein Familienfideikommiß . 882
101. Anwendung von Art. I. und XII. Ges. vom 2. März 1850 über Ergänzung der Gem.-Th.-O. auf das Recht, Krebse zu fangen . . . 883
102. Auseinandersetzung geschiedener Eheleute, welche in Gütergemeinschaft gelebt haben . . . 883
103. Begriff der Bescholtenheit . . . 884
104. Ausschluß richterlicher Kognition über Nothwendigkeit und Art eines kirchlichen Baues . . . 884
105. Die Ufer fiskalischer Meeresinseln sind res publicae . . . 885
106. Nichtrückwirkende Kraft des § 7 Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872 . 885
107. Anwendbarkeit des § 10 Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872 auf mündliche Nebenabreden des schriftlichen Veräußerungsvertrages . . . . 885
108. Beweislast in Betreff der Voraussetzungen von Einreden gegen den Cessionar einer Hypothek . . . 886
109. Gleichberechtigung des abgezahlten Theils einer Hypothek mit der Restforderung des Gläubigers . . . 886
110. Formlosigkeit der Cession bei Handelsgeschäften . . . 886
111. Art. 347 H.G.B. Gefahr für Verlust und Verzögerung des Moniturbriefes. Beweislast über den unbedingten Vertragsschluß . . . . 887
112. Nichtanwendung der Gewerbeordnung auf den Betrieb der Landwirthschaft und landwirthschaftlicher Nebengewerbe mit selbst erzeugten Rohstoffen . . . 887
113. Berechnung des Pensionsanspruchs eines in den Reichsdienst eingetretenen Landesbeamten . . . 887
114. Anwendung der relativen Berechnungsart bei der Minderungsklage. Jus variandi zwischen Rücktritt und Minderung . . . 888
115. Erwerb von Grundgerechtigkeiten durch 30jährige Verjährung. Beweis des animus juris . . . 896
116. Nichtanwendbarkeit von A.L.R. II. 1 § 243 auf minderjährige bevormundete Ehefrauen . . . 897
117. Klagerecht aus zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Lebensversicherungsverträgen . . . 899
118. Nichtbefugniß des Bergwerks-Eigenthümers zur Zuleitung von Bergwasser in einen Privatfluß . . . 901

Nr. Seite

## Beilageheft:

119. Nach welchen Gesetzen ist ein angelegter Arrest zu beurtheilen? . . 945
120. Zulässigkeit von Konkurrenz-Ausschlußverträgen, welche nicht das öffentliche Interesse gefährden . . . . . . . . . . . . . . . . 946
121. Wirkungslosigkeit der Anordnung des Testators, daß sein Nachlaß von den Gläubigern des Erben nicht angegriffen werden darf . . . . 947
122. Nichtanwendung des Grundsatzes A.L.R. I. 4 § 19 auf die Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer aus dem Kaufvertrage . . . . 950
123. Unwirksamkeit stillschweigender Willenserklärungen, deren Gültigkeit durch die Schriftform bedingt ist . . . . . . . . . . . . . 952
124. Form der Erklärung des Gläubigers, durch das Empfangene befriedigt zu sein . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 954
125. Verlust von Gewährsansprüchen wegen gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften durch vorbehaltlose Entgegennahme der Auflassung trotz Kenntniß des Mangels . . . . . . . . . . . . . . . 955
126. Begründung der Revalirungsklage. Rechtsverhältniß der Wechselverbundenen . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 958
127. Besitzstörung durch Erwirkung des richterlichen Mandats, einen Weg bei Strafe nicht zu betreten . . . . . . . . . . . . . . . 960
128. Treppen und Aborte sind keine Gebäude im Sinne A.L.R. I. 8 §§ 138, 139 . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 960
129. Anwendbarkeit des A.L.R. I. 8 § 140 auch auf den Fall, wenn der Nachbar vor Ausmittlung der Grenzlinie gebaut hat . . . . . . 962
130. Was ist unter „gewöhnlichem Wasserstande" von Seen oder Flüssen zu verstehen? . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 964
131. Betrifft der Eigenthumserwerb durch Inädifikation nur diejenige Fläche, welche mit Gebäuden besetzt ist, oder auch solche Flächen, welche für den Gebrauch der bebauten Fläche unentbehrlich sind (z. B. Wege)? . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 967
132. Zur Erhaltung der Benefizial-Eigenschaft genügt, daß der Erbe ein zum Zweck der Erbschaftsstempel-Berechnung erfordertes Inventar dem Gericht einreicht . . . . . . . . . . . . . . . . . 972
133. Uebergang des ganzen Ausgedinges auf den Adjudikatar beim Mangel anderer Bestimmungen im Zuschlagsurtheil . . . . . . . 974
134. Nichtbeseitigung der Vorschriften des A.L.R. über den landüblichen Zinsfuß. Ergänzung eines den Zinssatz nicht enthaltenden Schuldscheins . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 977
135. Lohnforderung des Baumeisters, wenn der Bau nur mit Vorbehalt übernommen ist . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 978
136. Zwecks der Feststellung des zu ergänzenden Pflichttheils ist der ganze Betrag einer widerruflichen Schenkung zu dem vorhandenen Nachlaß hinzuzurechnen . . . . . . . . . . . . . . . . . 979
137. Proxenetikum. Ein Zahlungsversprechen nach stattgefundener Vermittlung bedarf bei Objekten über 150 M. der schriftlichen Form . 982
138. Anwendung des A.L.R. I. 13 § 22 auf Vermittlungsgeschäfte der Güteragenten . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 983
139. Nichterforderniß des Beweises des Kausalzusammenhangs zwischen Zuführung des Käufers und dem Vertragsabschluß mit demselben zur Begründung der Klage auf das Proxenetikum . . . . . . . . 987
140. Testamentsform bei schreibensunkundigen Personen. Erwerb und Transmission des Sukzessionsrechts des fideikommissarischen Substituten aus wechselseitigen Testamenten von Eheleuten . . . . . . . . 989
141. Anwendbarkeit von A.L.R. II. 1 §§ 491, 492 auf Erbverträge, in denen sich die Eheleute nur Vermächtnisse zuwenden . . . . . . 995

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 142. | Umfang der Vollmacht zum Verkauf. Voraussetzungen der Wandlungsklage. Stillschweigende Genehmigung der Geschäftsführung ohne Auftrag | 997 |
| 143. | Ausschluß der Versionsklage des Verkäufers gegen den, der die Sache vom Käufer durch lästigen Vertrag erwirbt | 1002 |
| 144. | Die Uebergabe der zu verwaltenden Sache bildet ein wesentliches Erforderniß des Verwaltungsvertrages | 1003 |
| 145. | Gehört zur Rechnungslegung die Ausantwortung der Beläge? | 1004 |
| 146. | Ist für den Kreditauftrag (A.L.R. I. 14 § 215) schriftliche Form nothwendig? | 1006 |
| 147. | Eintritt des Zahlenden in die Rechte des bezahlten Gläubigers. Beweislast für die Behauptung, daß die Zahlung solvendi oder donandi causa erfolgt ist | 1007 |
| 148. | Unzulässigkeit der Einklagung einzelner Schuldposten, wenn Zahlungen a conto stattgefunden haben | 1008 |
| 149. | Unzulässigkeit der Anrechnung einer Zahlung auf verjährte Schuldposten. Formlosigkeit des Anerkenntnisses einer verjährten Schuld aus einem Handelsgeschäft | 1009 |
| 150. | Nachlaßschulden, für welche die Erben gemeinschaftlich haften, können nicht gegen einen Erben als bestehend, gegen den andern als nicht bestehend erkannt werden | 1011 |
| 151. | Persönliche Haftung des Grundstückseigenthümers für die während seiner Besitzzeit fällig werdenden Leistungen aus einer Reallast | 1012 |
| 152. | Berechnung des Laudemiums. Berücksichtigung des Werthes nach der Verleihung erbauter Gebäude | 1014 |
| 153. | Begriff und Erfordernisse der auf einem Grundstücke haftenden gemeinen Lasten | 1017 |
| 154. | Konvaleszenz des vom Nichteigenthümer bewilligten Pfandrechtstitels. Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wegen Simulation | 1019 |
| 155. | Unter welchen Bedingungen kann die Frau Verwaltung und Nießbrauch des Eingebrachten vom Manne zurückfordern? Begriff des standesmäßigen Unterhalts | 1023 |
| 156. | Anfechtung des Verzichts des Ehemannes auf den Nießbrauch am Eingebrachten durch seine Gläubiger | 1024 |
| 157. | Ehescheidung wegen grober Verbrechen. Verzeihung | 1028 |
| 158. | Anrechnung der Ausstattung auf das Vermögen der Tochter ist nur zulässig, wenn der Vater diese Absicht bei der Zuwendung erklärt hat | 1029 |
| 159. | Befugniß des nicht auf eine bestimmte Summe oder Sache eingesetzten Pflichterben zum Antrage auf Subhastation des Nachlaßgrundstücks | 1032 |
| 160. | Feststellung der unehelichen Geburt eines Kindes. Verjährung der ihrer Höhe nach nicht feststehenden Alimentenansprüche | 1036 |
| 161. | Passivlegitimation bei Alimentenklagen beim Vorhandensein von mehreren Verpflichteten | 1037 |
| 162. | Unwirksamkeit des Verzichts auf das Sukzessionsrecht in ein Familienfideikommiß für ein nachgeborenes Kind | 1040 |
| 163. | Durch Familienschlüsse können bereits erworbene Rechte der Familienmitglieder nicht beseitigt werden | 1042 |
| 164. | Haftung des Staats für die Handlungen seiner Beamten bei Ausübung landeshoheitlicher und fiskalischer Rechte. Verhaftung der Landarmenverbände für die Kosten der vorläufigen Unterbringung eines aus dem Auslande übernommenen Hülfsbedürftigen | 1042 |
| 165. | Ausschluß richterlicher Kognition über die Nothwendigkeit eines kirchlichen Baues. Verpflichtung des Patrons zum Beitrage zu den Kosten eines Orgelbaues | 1047 |
| 166. | Beschränkung der Verpflichtung des Gutsherrn zur Hergabe von | |

Nr. Seite

Materialien zu Schulbauten auf den Umfang des Gutes, für welches die Schule bestimmt ist . . . . . . . . . . . . . . 1050
167. Regreßanspruch der Bürgen und Mitschuldner im Konkurse über das Vermögen des Hauptschuldners . . . . . . . . . . . 1052
168. Ist der Antrag des Gemeinschuldners oder seiner Erben auf Aufhebung des gemeinen Konkurses nach der Konk.-O. vom 8. Mai 1855 unbedingt von dem Nachweis der Vermögenszulänglichkeit abhängig? 1055
169. Exekutionsrechte der im erbschaftlichen Liquidationsverfahren nicht präkludirten Gläubiger . . . . . . . . . . . . . . 1057
170. Ausschluß des Anfechtungsrechts wegen der noch nicht fälligen Raten einer rechtskräftig festgestellten Forderung . . . . . . . . . 1060
171. Voraussetzung der Anfechtbarkeit vorzugsweiser Befriedigung eines Gläubigers . . . . . . . . . . . . . . . . . . 1065
172. Anfechtbarkeit einer die Verzögerung in der Befriedigung des Gläubigers bewirkenden Veräußerung . . . . . . . . . . . . 1066
173. Anspruch auf Herausgabe der Urkunde über eine Forderung bei erfolgreicher Anfechtung der Cession derselben . . . . . . . . . 1067
174. Pflichten des fraudulosen Erwerbers einer Sache im Falle ihrer Weiterveräußerung . . . . . . . . . . . . . . . . . . 1068
175. Beurtheilung der Befugnisse der Repräsentanten des Grubenvorstandes nach den Vorschriften über den Vollmachtsauftrag . . . . . 1070
176. Handelsgeschäftlicher Karakter von Verträgen der Aktiengesellschaften . 1071
177. Einflußlosigkeit des Liquidationsbeschlusses einer Genossenschaft auf die vorher fällig gewesenen Ansprüche ausgeschiedener Mitglieder . . 1072
178. Lohnanspruch des durch Krankheit an der Erfüllung seiner Pflichten verhinderten Gewerbegehülfen . . . . . . . . . . . . . . 1074
179. Vierjährige Verjährung der als Gerichtskosten zu verrechnenden Stempel 1076
180. Berechnung des Stempels zu einem Werkverdingungsvertrage. Stempelpflicht beim Abschlusse von Verträgen durch Korrespondenz . . . 1077
181. Berechnung des Stempels bei einem Austausch von Fideikommißvermögen gegen freies Vermögen . . . . . . . . . . . . . 1080
182. Nichterforderniß des Erbrezeßstempels zu Verhandlungen über die Theilung einzelner Nachlaßstücke . . . . . . . . . . . . 1081
183. Erbschaftssteuer. Von der steuerpflichtigen Masse dürfen nur diejenigen Schulden und Legate abgezogen werden, zu deren Bezahlung der Erbe rechtlich verpflichtet ist . . . . . . . . . . . . 1083
184. Res judicata. Identität des Rechtsverhältnisses. Berücksichtigung der Entscheidungsgründe behufs Auslegung des Tenors . . . . . 1085
185. Exceptio rei judicatae. Die Entscheidung über einen Theil begründet keine Rechtskraft für das Ganze . . . . . . . . . 1087
186. Unzulässigkeit des Rechtsweges gegen interimistische Entscheidungen der Polizeibehörde über Räumung von Gräben . . . . . . . . 1088
187. Beweis einer Observanz. In wiefern sind Atteste von Behörden als Beweismittel zu benutzen? . . . . . . . . . . . . . . 1089
188. Auf welche Gründe kann das Wechselseparatum gestützt werden? Gerichtsstand des Wechselseparatums . . . . . . . . . . . . 1091
189. Unzulässigkeit eidlicher Diffession des Wechsels im Wechselseparatum 1093
190. Nichterforderniß vorhergehender Mittheilung der Rechnung an den Geschäftsherrn zur Begründung der Klage des Rechnungsstellers auf ein Liquidum . . . . . . . . . . . . . . . . . . 1095
191. Eidesweigerung eines von mehreren Liquidatoren . . . . . . . 1096
192. Handelsrechtliche Natur der von einem Kaufmann geleisteten Bürgschaft 1097
193. Aenderung schriftlicher Verträge über Handelsgeschäfte durch mündliche Abreden . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 1098
194. Auslegung des Art. 343 H.G.B. Empfangannahme und Tradition . 1099

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 195. | Rückforderungsrecht des Frachtführers bezüglich des irrthümlich gegen die Weisung des Absenders ausgehändigten Frachtgutes. Besitz- und Eigenthumsübergang durch Uebergabe der verkauften Waare an den Frachtführer | 1100 |
| 196. | Wechsel. Ungenügende Angabe der Zahlungszeit durch die Worte: zahlbar bis zu einem bestimmten Tage | 1104 |
| 197. | Kann von einem frühern Indossatar dem spätern die Einrede entgegen gestellt werden, die Wechselregreßklage des letzteren sei wegen Personeneinheit mit dem Aussteller unbegründet? | 1106 |
| 198. | Die Einrede, daß der Inhalt eines Wechsels gefälscht sei, ist für eine Einrede aus dem Wechselrecht zu erachten | 1108 |
| 199. | Beweislast in Betreff des Einwandes der Verfälschung des Wechsels | 1109 |
| 200. | Anwendbarkeit von § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes auf solche Eisenbahnen, die nicht zu den allgemeinen Verkehrsanstalten gehören | 1110 |
| 201. | Voraussetzung ursachlichen Zusammenhanges zwischen Verletzung und dem Betriebe des Gewerbes im § 2 des Reichshaftpflichtgesetzes | 1111 |
| 202. | Nichtanwendbarkeit der landesgesetzlichen Vorschriften über das konkurrirende Verschulden des Beschädigten bei Ansprüchen aus dem Haftpflichtgesetze | 1112 |
| 203. | Minderung der dem Beschädigten auf Grund des Reichshaftpflichtgesetzes zugesprochenen Rente wegen veränderter Umstände. Maßgebender Zeitpunkt für die Minderung | 1114 |


# Literatur.

## (Erstes Heft.)


| | | |
|---|---|---|
| 1. | Handbuch des Reichs-Civil-Prozeßrechts auf rationellen Grundlagen von Professor Dr. Bolgiano in München | 122 |
| 2. | Die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz von Julius Petersen | 129 |
| 3. | Der deutsche Civilprozeß von Dr. W. Endemann. Band III. | 131 |
| 4. | Formularbuch zu den deutschen Prozeßordnungen, von Felix Vierhaus | 131 |
| 5. | Formulare zum praktischen Gebrauch im neuen Prozeßverfahren, von G. v. Wilmowski und M. Levy, Rechtsanwälten | 132 |
| 6. | Formulare für Rechtshandlungen der streitigen Gerichtsbarkeit, von Dr. Benno Hilse, Kreisgerichtsrath | 133 |
| 7. | Zur Einführung in die Reichs-Gerichtsverfassung und den Reichs-Civilprozeß, von Dr. Hermann Fitting | 135 |
| 8. | Handbuch für das Anwaltsgebührenwesen im deutschen Reich, von Carl Pfafferoth | 136 |
| 9. | Die Thätigkeit des Gerichtsschreibers im Civilprozeß und Konkursverfahren, von Dr. Iwan Heilbut, Rechtsanwalt | 137 |
| 10. | Ausführungs- und Uebergangsgesetze zur Reichs-Civilprozeßordnung mit ausführlichem Sachregister und einem Register der abgeänderten und aufrecht erhaltenen gesetzlichen Bestimmungen, von G. v. Wilmowski und M. Levy, Rechtsanwälten | 137 |
| 11. | Ausführungs- und Uebergangsgesetze zur Reichs-Konkursordnung, von G. v. Wilmowski, Justizrath | 138 |
| 12. | Zur Reichs-Konkursordnung, von G. v. Wilmowski, Justizrath | 139 |
| 13. | Das Verwaltungsstreitverfahren vor dem Kreisausschuß von Busso v. Bismarck | 139 |
| 14. | Die Schiedsmanns-Ordnung vom 29. März 1879, von P. Florschütz, Geh. Justizrath und vortragendem Rath im Justiz-Ministerium | 140 |

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 15. | Der preußische Militär-Strafprozeß und die Reform des Militär-Strafverfahrens, von Tr. Bothe, Justizrath und Auditeur der 19. Division | 140 |
| 16. | Das preußische Grundbuchrecht, von W. Bahlmann, Geh. Ober-Regierungsrath | 141 |
| 17. | Die preußischen Grundbuchgesetze in ihrer durch die neue Reichs- und Landesgesetzgebung gewonnenen Gestalt, von W. Turnau, Appellations-Gerichts-Rath | 141 |
| 18. | Die Vormundschafts-Ordnung vom 5. Juli 1875 von Löwenstein, Anton, Wachler, Neumann, Hesse | 142 |
| 19. | Die preußische Vormundschafts-Ordnung vom 5. Juli 1875, von Georg König, Ober-Amtsrichter | 147 |
| 20. | Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, von Ludwig Richter | 147 |
| 21. | Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch von Dr. Friedrich von Hahn, Kaiserl. Rath am Reichs-Oberhandelsgericht | 148 |
| 22. | Codex des Handelsrechts, von J. Basch, Landrichter | 149 |

## (Zweites bis viertes Heft.)

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 23. | System des deutschen Privatrechts von Paul von Roth. Erster Theil | 559 |
| 24. | Deutsches Patentrecht von Dr. Joseph Kohler | 567 |
| 25. | Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. Mit Kommentar herausgegeben von H. Makower, Rechtsanwalt und Notar | 586 |
| 26. | Das Deutsche Handelsrecht von Dr. Carl Gareis, ord. Professor der Rechte | 587 |
| 27. | Encyclopädie des Wechselrechts der europäischen und außereuropäischen Länder auf Grundlage des gemeinen deutschen Rechts von Dr. Oskar Wächter | 588 |
| 28. | Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879. Erläutert von Wilhelm Kranichfeld, Amtsrichter | 589 |
| 29. | Die Zins- und Wucherfrage von Peter Reichensperger | 589 |
| 30. | Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten von Dr. C. F. Koch | 591 |
| 31. | Das preußische Grundbuchrecht von W. Bahlmann, Geh. Ober-Regierungsrath | 592 |
| 32. | Lehrbuch der Pandekten von L. Arndts R. v. Arnesberg | 592 |
| 33. | Oberstrichterliche Entscheidungen in Eisenbahnsachen vom Jahre 1874 bis 1878 | 593 |
| 34. | Das bürgerliche Gewohnheitsrecht in Rußland von S. W. Pachmann, ord. Professor an der Universität zu St. Petersburg | 593 |
| 35. | Die Grundbegriffe der Nationalökonomischen Güterlehre von Dr. Carl Thomas | 595 |
| 36. | Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Von L. Gaupp | 595 |
| 37. | Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich ꝛc. von Dr. Friedrich Hellmann | 597 |
| 38. | Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen von C. Hahn, Geh. Ober-Justizrath, Senats-Präsident des Kammergerichts | 597 |
| 39. | Die gesammten Reichs-Justizgesetze und die sämmtlichen für das Reich und in Preußen erlassenen Ausführungs- und Ergänzungsgesetze, Verordnungen, Erlasse und Verfügungen von Dr. P. Kayser, Landrichter bei dem Landgericht I. zu Berlin, z. Z. Hülfsarbeiter im Reichs-Justizamt | 597 |
| 40. | Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung. Von Dr. Adolf Wach | 598 |

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 41. | Der Reichs-Civilprozeß. Von Dr. Hermann Fitting, ord. Professor der Rechte zu Halle | 602 |
| 42. | Die Feststellungsklage. Von Dr. Jakob Weismann, Privatdocent an der Universität Leipzig | 603 |
| 43. | Lexikon der Civilprozeß- und Konkursgesetzgebung des deutschen Reichs. Von Dr. W. von Melle, Rechtsanwalt zu Hamburg | 607 |
| 44. | Das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von Dr. Johann Merkel | 608 |
| 45. | Im Deutschen Gerichtshof. Separatabdruck der in der „Berliner Gerichts-Zeitung" veröffentlichten Erörterungen über die Reichs-Justizgesetze | 608 |
| 46. | Die Justiz-Verfassung in Preußen nach Reichs- und Landesrecht. Von W. Turnau, Landgerichtsrath | 609 |
| 47. | Die preußische Gerichtsverfassung. Von W. Munk, Amtsrichter in Berlin | 610 |
| 48. | Die Konkursordnung für das Deutsche Reich von Julius Petersen | 612 |
| 49. | Die Konkursordnung für das Deutsche Reich vom 10. Februar 1877. Von Dr. von Sarwey, Kgl. Württemberg. Staatsrath | 612 |
| 50. | Die Deutsche Konkursordnung vom 10. Februar 1877 (Fallimentsgesetz) in gemeinverständlicher Darstellung von R. Weinhagen, Dr. jur. | 613 |
| 51. | Ist der Amtsgerichts-Civilprozeß in seiner jetzigen Gestalt lebensfähig? Von A. Gründler, Landgerichtsrath zu Cottbus, Mitglied des Hauses der Abgeordneten | 615 |
| 52. | Die preußischen Ausführungsgesetze zu den Reichs-Justizgesetzen. Von Dr. J. Struckmann, Geh. Ober-Justizrath und Landgerichts-Präsidenten, und R. Koch, Geh. Ober-Finanzrath, Reichsbankjustitiarius und Mitglied des Reichsbankdirektoriums | 625 |
| 53. | Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Von Dr. E. S. Puchelt, Reichsgerichtsrath | 626 |
| 54. | Die Strafgerichtsverfassung und das Strafverfahren des Deutschen Reichs. Von Dr. Paul Kayser, Kgl. Stadtrichter in Berlin | 626 |
| 55. | Reichsgesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Socialdemokratie vom 21. Oktober 1878 von Dr. von Schwarze | 627 |
| 56. | Das preußische Gesetz vom 15. April 1878, betreffend den Forstdiebstahl. Von W. A. Günther, Kgl. Staatsanwalt und Mitglied des Hauses der Abgeordneten | 627 |
| | Textausgaben | 627 |
| | Vorläufige Anzeigen | 627 |

## (Fünftes Heft.)

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 57. | Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz von G. v. Wilmowski und M. Levy. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage | 774 |
| 58. | Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich von Dr. J. Struckmann und R. Koch. Dritte vermehrte und verbesserte Auflage | 776 |
| 59. | Die Allgem. Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten (Theil I.—III.) in ihrer heutigen Gestalt und Geltung von J. Basch | 779 |
| 60. | Das Ehescheidungsrecht kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit von Wasserschleben | 782 |
| 61. | Das Recht der Aktien-Gesellschaften von Hermann Löwenfeld, Königl. Preußischem Gerichts-Assessor a. D. | 790 |
| 62. | Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs von Dr. Heinrich Dernburg, Geh. Justizrath, Professor an der Universität Berlin | 797 |
| 63. | Die preußischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht | |

| Nr | | Seite |
|---|---|---|
| | vom 5. Mai 1872, von Alex. Achilles, Landgerichtsrath in Berlin. Dritte verbesserte und vermehrte Ausgabe . . . . . . . . . | 800 |
| 64. | Die Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869 von Dr. jur. Paul Jäckel, Landrichter. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage | 801 |
| 65. | Das preußische Stempelgesetz vom 7. März 1822 von Leo Labus, Bureau-Assistent der Königl. Provinzial-Steuer-Direktion in Breslau | 802 |
| 66. | Haupt-Register zu den Jahrgängen XI—XX der Dr. J. A. Gruchot'schen Beiträge von M. Friedländer, Kammergerichts-Referendar . | 803 |


## (Sechstes Heft.)

| | | |
|---|---|---|
| 67. | Civilprozeßordnung für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze vom 30. Januar 1877. Erläutert von Dr. Lothar Seuffert, ord. Prof. der Rechte zu Gießen . . . . . . . . . . . . | 902 |
| 68. | Konkursordnung für das deutsche Reich, erläutert von A. Hullmann, Reichsoberhandelsgerichtsrath . . . . . . . . . . . . . . | 903 |
| 69. | Inwieweit giebt es nach den Vorschriften der Deutschen Civilprozeß-Ordnung Fiktionen? Eine prozessualische Abhandlung von Dr. Rudolf Leonhard, Gerichts-Assessor und Privatdozenten in Berlin . | 905 |
| 70. | Zeugnißpflicht und Zeugnißzwang im österreichischen Civilprozeß. Von Dr. Emil v. Schrutka-Rechtenstamm . . . . . . . . . | 908 |
| 71. | Exekutions-Intervention nach der Reichs-Civilprozeßordnung. An einem praktischen Falle dargestellt und erläutert von Dr. jur. Frese, Amtsrichter in Oederan . . . . . . . . . . . . . . . . | 911 |
| 72. | Das Eisenbahnfrachtgeschäft nach Buch IV. Titel V. des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861. Ein Handbuch für Juristen, Eisenbahnbeamte, Kaufleute, Spediteure, Industrielle ꝛc. Von Dr. jur. Oskar Wehrmann, Offizial bei der Generaldirektion der Königl. bayr. Verkehrsanstalten, Betriebsabtheilung . . . . . . . . . | 911 |
| 73. | Personenstand und Eheschließung in Deutschland. Erläuterung des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung. Von Dr. Hermann von Sicherer, o. ö. Professor der Rechte zu München . . . . . . | 913 |
| 74. | Das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870. Erläutert nach den Entscheidungen des Bundesamtes für das Heimathwesen von Wohlers, Geh. Ober-Regierungsrath, Mitglied des Bundesamtes für das Heimathwesen . . . . . . . . . . . | 914 |
| 75. | Deutsche Hypothekenbanken. Kritik und Reformvorschläge von Dr. Julian Goldschmidt, Rechtsanwalt in Berlin . . . . . . . . | 915 |
| 76. | Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit. Von Dr. Ad. Arndt, Privatdozent an der Universität Halle . . | 917 |
| 77. | 1. Bergrechtliche Grundsätze der preußischen und anderer deutscher Bergbehörden und Gerichtshöfe, bearbeitet und zusammengestellt von Dr. Brassert, Berghauptmann und Oberbergamts-Direktor zu Bonn. Separatabdruck aus der Zeitschrift für Bergrecht. Band XXI.<br>2. Das allgemeine preußische Berggesetz vom 24. Juni 1865. Erläutert durch die seither ergangenen Entscheidungen und Verfügungen der obersten Gerichtshöfe und Verwaltungsbehörden von Dr. M. Busse | 919 |
| 78. | Geschichte des Königlichen Ober-Tribunals zu Berlin. Von Dr. F. H. Sonnenschmidt, Ober-Tribunalsrath . . . . . . . . . | 920 |
| 79. | Allgemeines Landrecht für die Preuß. Staaten nebst den ergänzenden und abändernden Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetzgebung. Mit Erläuterungen von H. Rehbein, Kammergerichtsrath, und O. Reincke, Direktor am Landgericht I zu Berlin . . . . . . . | 921 |
| 80. | Jahrbuch für endgültige Entscheidungen der preuß. Appellationsgerichte. | |

Nr. Seite

Herausgegeben von Reinhold Johow, Ober-Tribunalsrath. Achter Band . . . 923

81. Die preußischen Juristenfakultäten von ihrer Schattenseite und ihre Reform. Ein Einblick in die Mysterien der Lehre und des Studiums der Rechtswissenschaft von B. Richard . . . 924

82. Das römische Privatrecht. Von Dr. Ferdinand Zródlowski, Professor an der Universität Lemberg. Erster Band (das Recht im objektiven Sinn und die Personen). Zweiter Band (die Sachen und ein Theil der Lehre von den Rechten überhaupt) . . . 924

83. Transmission pendente condicione. Eine Untersuchung aus dem österreichischen Erbrechte, von Dr. Emil Strohal, o. ö. Professor an der Universität Graz . . . 927

84. Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich und das Einführungsgesetz vom 31. Mai 1870, sowie die Ergänzungsgesetze vom 10. Dezember 1871 und 26. Februar 1876. Nach amtlichen Quellen von Dr. Ernst Traugott Rubo, Stadtgerichtsrath und Schriftführer der Bundes-Kommission für das Strafgesetzbuch, Professor an der Universität Berlin . . . 928

85. Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Von Dr. Justus Olshausen, Richter am Königl. Landgericht I. zu Berlin, z. Z. Schriftführer der Immediat-Kommission behufs Fertigung eines Entwurfs zu einer Militär-Strafprozeßordnung. Zweite Lieferung . 929

86. Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen. Von Dr. Ludwig Cohn. Bd. I. Begriff und Umfang . . . 930

87. Handausgabe deutscher Reichsgesetze. 15. Band. Das Wuchergesetz. Mit Erläuterungen auf Grund der Motive, der Kommissionsberichte und der Reichstagsverhandlungen, herausgegeben von Dr. jur. Carl Reinwald, Amtsrichter . . . 933

88. Das Feld- und Forst-Polizeigesetz vom 1. April 1880. Mit Erläuterungen von Dr. P. Daude, Staatsanwalt am Oberlandesgericht Marienwerder. Zweiter Abdruck . . . 933

89. Strafrechtsfälle. Zum akademischen Gebrauch gesammelt und herausgegeben von Dr. Adolf Dochow, ord. Professor der Rechte zu Halle. Zweite umgearbeitete Auflage . . . 933

90. Strafrecht und Strafprozeß. Eine Sammlung der wichtigsten das Strafrecht und das Strafverfahren betreffenden Gesetze. Zum Handgebrauch für den preußischen Praktiker erläutert und herausgegeben von A. Dalcke, Ober-Staatsanwalt. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage . . . 934

91. Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich. Unter Benutzung der Materialien sowie mit Vergleichung anderer Gesetzgebungen nebst Doktrin und Praxis erläutert von Dr. E. S. Puchelt, Reichsgerichtsrath. Siebente Lieferung . . . 934

92. Der Reichsstrafprozeß. Von Dr. Adolf Dochow, ord. Professor der Rechte in Halle. Dritte verbesserte und vermehrte Auflage . . 935

93. a) Handbuch für Amtsanwälte mit der Geschäftsanweisung vom 29. August 1879 und Ergänzungen und Erläuterungen,
b) Handbuch für Schöffen, I. und II. Theil,
c) Handbuch für Geschworene,
d) Handbuch für Schiedsmänner, sämmtlich herausgegeben von Dr. Gustav Eberty. Stadtgerichtsrath z. D., Mitglied des Hauses der Abgeordneten . . . 935

94. Die Thätigkeit der Polizei in Strafsachen. Auf Grund der Reichs-Justizgesetze und des preuß. Landrechts für Bürgermeister, Amtsvorsteher, Gutsvorsteher, Gemeindevorsteher und andere Polizeibeamte dargestellt von Genzmer, Staatsanwaltsgehülfe . . . 937

Nr. Seite

95. Textausgaben . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 938
96. Preußischer Gesetz-Codex. Ein authentischer Abdruck der in der Gesetzsammlung für die Kgl. Preuß. Staaten von 1806 bis auf die neueste Zeit enthaltenen Gesetze, Verordnungen, Kabinetsorders, Erlasse zc. In chronologischer Ordnung mit Rücksicht auf ihre noch jetzige Gültigkeit und praktische Bedeutung zusammengestellt von Paul Stöpel, Kgl. Justiz-Rath. Supplementheft VII 1876—1877 mit Register . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 938
97. Uebersicht rechtswissenschaftlicher Zeitschriften . . . . . . . . . 938

---

## Berichtigung.

S. 805 Zeile 11 von unten lies „unwesentlich" statt „wesentlich".

---

# Sachregister zum XXIV. Jahrgange.

## (Dritte Folge IV.)


### A.

Aborte — und Treppen gehören nicht zu den Gebäuden S. 960.
Ablehnung — eines Offizialmandats. Verfahren gegen den Anwalt S. 772.
Abpfändung — Bedeutung derselben S. 246.
Absicht — der Störung bei der Possessorienklage S. 95.
Abweisung — in angebrachter Art S. 186.
A conto — Zahlung S. 1008.
Adjudikatar — s. Altentheil.
Aftermiethsvertrag — Form des A. S. 475.
Agent — s. Annahme.
Akkreszenz — einer erworbenen Erbportion S. 443.
Aktiengesellschaft — das Recht derselben von Löwenfeld (Lit.) S. 790.
Aktiengesellschaften — sind Handelsgesellschaften S. 1071.
Alimente — Verjährung S. 1036.
— gegen mehrere Verwandte gemeinschaftlich einzuklagen S. 1037.
Allgemeine Gerichtsordnung von Basch (Lit.) S. 779.
Altentheil — muß vom Adjudikatar übernommen werden S. 459 und S. 974.
Amtsgerichtliche Urtheile — Zustellung derselben S. 50.
Amtsgerichtsprozeß — Lebensfähigkeit desselben (Lit.) S. 615.
Analphabeten — s. Testamentsform.
Anerkenntniß — s. Formmangel.
— Unterschied von Geständniß S. 543.
Anfechtung — von Rechtshandlungen, Gesetz (Lit.) S. 589.
— von Scheingeschäften S. 1019.
Anfechtung eines Verzichts des Ehemanns auf den Nießbrauch am Eingebrachten S. 1024.
— von der Exekutionsfähigkeit bedingt S. 1060.
— bei terminlichen Zahlungen S. 1060.
— der Befriedigung einzelner Gläubiger außerhalb des Konkurses S. 1065.
— von Veräußerungen, durch welche die Befriedigung verzögert wird S. 1066.
— Recht auf Herausgabe der Urkunde über das Rechtsgeschäft S. 1067.
— Haftpflicht bei Weiterveräußerung der Sache S. 1068.
Angebrachtermaßen — s. Abweisung.
Animus turbandi S. 95, 423.
Annahme — eines Antrages zum Abschluß eines Versicherungsvertrages S. 297.
— von Verträgen, welche ein Agent mit Ueberschreitung der Vollmacht geschlossen hat S. 411.
Anrechnung — s. Zahlung.
— s. Ausstattung u. Mitgift.
Antrag — zum Abschluß eines Vertrages s. Annahme.
Anwaltsgebührenwesen von Pfafferoth (Lit.) S. 136.
Appellations-Rechtfertigungsschrift — Unterschrift des Appellanten nicht erforderlich S. 550.
Armenverband — Ersatzanspruch desselben gegen den Armen S. 513.
— Ersatzanspruch gegen die gesetzlich zur Verpflegung Verbundenen S. 515.
Arrest — Wirkung des A. nach der C.P.O. in Betreff von Eintragungen auf Grundstücke S. 328.

Arrest — berechtigt zur Deposition S. 553.
— Verfahren bei der fakultativen mündlichen Verhandlung S. 746.
— nach welchen Gesetzen zu beurtheilen S. 945.
Arresteintragung — Wirkung derselben auf später eingetragene Hypotheken S. 97.
Arrestprotestation S. 313, 662.
Auflassung — Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf A. S. 100.
— Klage auf A. gegen den persönlich verpflichteten nicht eingetragenen Eigenthümer S. 420.
— Anfechtung wegen Scheingeschäft S. 545.
— vorbehaltlose Entgegennahme derselben bei Mängeln des Kaufgrundstücks S. 955.
Auftrag — s. Einrede.
— s. Proxeneticum.
— s. Kreditauftrag.
Ausbildung — s. Referendare.
Ausführungsgesetze — zur C.P.O. von v. Wilmowski u. Levy (Lit.) S. 137.
— zur Reichskonkursordnung von v. Wilmowski (Lit.) S. 138.
— zu den Reichsjustizgesetzen von Struckmann u. Koch (Lit.) S. 625.
Ausgedinge — s. Altentheil.
Auslegung — der Gesetze S. 805.
Ausstattung — nachträgliche Anrechnung S. 1029.

## B.

Bauen — vor Ausmittlung der Grenzlinie S. 962.
Bauvertrag — s. Vorbehalt.
Beamte — Possessorienklage gegen B. S. 93.
— Haftung der B. s. Dorfgemeinde.
— Haftung des Staates für dieselben S. 1042.
— Haftung der Städte s. Stadt.
Beläge — s. Rechnungslegung.
Benefizialeigenschaft — wird durch Erbschaftsstempel-Inventar erhalten S. 972.
Bergregal und Bergbaufreiheit (Lit.) S. 917.
Berggesetz (Lit.) S. 919.
Bergrecht — Befugnisse der Repräsentanten des Grubenvorstandes S. 1070.
Bergwasser, Zuleitung desselben S. 901.
Berlin — Kosten von Straßenanlagen S. 503.
Bescholtenheit — eines Frauenzimmers S. 884.
Beschränkungen — des Eigenthums zum Besten des Gemeinwesens S. 430.
Beschwerde — nach der C.P.O., Form derselben S. 771.
Besitz — s. Possessorienklage.
— an Untersagungsrechten S. 428.
— Störung durch Erwirkung eines richterlichen Mandats S. 960.
Besitzrechtsklage — nach preußischem Rechte bei der Intervention S. 266.
Besitzzeit — s. Reallasten.
Beweisaufnahme — vor dem Prozeßgericht S. 839.
Beweislast — bei Zahlungen, wenn mehrere Forderungen des Gläubigers vorhanden sind S. 90.
— bei auflösenden Bedingungen S. 411.
— bei der exceptio procuratoria S. 445.
Bösliche Verlassung — s. Ehescheidung.
Brandenburg — Kurmark, Verpflichtung zur Erhaltung der Land- und Heerstraßen S. 505.
Braumeister — s. Gewerbetreibende.
Bürge — Regreß desselben nach der Konkursordnung S. 1052.
Bürgersteig — in Städten und Dörfern S. 505.
Bürgschaft — eines Nichtkaufmanns. Form derselben S. 769.
— eines Kaufmannes ist Handelsgeschäft S. 1097.

## C.

Cessio legis — tritt nicht ein bei Zahlung solvendi oder donandi causa S. 1007.
Cession — bei Handelsgeschäften. Form S. 886.
Cessionarien — derselben Hypothek. Kollision ihrer Rechte S. 111.
— s. Hypotheken.
Chikane — Verbot derselben S. 677.
Civilprozeß — s. Revisionsinstanz.
— von Bolgiano (Lit.) S. 122.
— von Endemann (Lit.) S. 131.
— Vorträge über den C. (Lit.) S. 135.

Civilprozeß — s. Gerichtsschreiber (Lit.).
— s. Abweisung und Eidesversäumniß.
— s. Forum contractus.
— s. Gewillkürter Gerichtsstand.
— s. Fakultative mündliche Verhandlung.
— s. Beschwerde.
Civilprozeß-Ordnung — Kommentar von Petersen (Lit.) S. 129.
— Ausführungsgesetze zu derselben von v. Wilmowski und Levy (Lit.) S. 137.
— Kommentar von Gaupp (Lit.) S. 595.
— Kommentar von Hellmann (Lit.) S. 597.
— Kommentar von v. Wilmowski und Levy. 2. Aufl. (Lit.) S. 774.
— Kommentar von Struckmann und Koch III. Aufl. S. 776.
— desgl. von Seuffert (Lit.) S. 902.
— Anwendung des § 332 Absatz 1 bei Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht S. 839.
— Trennung der Verhandlung und Entscheidung S. 859.
Constitutum possessorium. S. 408.
Correspondenz — der Obergerichte mit den Untergerichten S. 878.

D.

Definition — des Rechts von Ihering S. 1, 153.
Deposition — einer mit Arrest belegten Forderung S. 553.
Dispositionsstellung — Gefahr für Verlust und Verzögerung des Moniturbriefes S. 887.
Dorfgemeinde — Haftung der D. für ihre Beamten S. 507.

E.

Ehefrau — darf vorbehaltenes Vermögen aus der ehelichen Wohnung nicht fortnehmen S. 486.
— ist vertragsfähig. Geltendmachung lästiger Verträge gegen sie S. 488.
— muß die vom Mann aus dem Nießbrauch des Eingebrachten bezahlten Schulden ersetzen S. 491.
— Rückforderung des Eingebrachten S. 1023.
— Einwilligung derselben zur Einziehung von Kapitalien durch den Mann S. 897.
Ehegatten — können bei fortgesetzter Gütergemeinschaft wegen Schulden nur gemeinschaftlich mit den Erben verklagt werden S. 492.
— Erbverträge derselben S. 995.
Ehemann — Zahlung von Schulden der Frau aus dem Nießbrauch des Eingebrachten S. 491.
Ehescheidung — wegen Irrthums über Unbescholtenheit S. 494.
— wegen böslicher Verlassung S. 495.
— wegen verdächtigen Umgangs S. 496.
— Wirkung des Todes der schuldigen Partei während des Prozesses S. 498.
— Klage geschiedener Eheleute auf Herausgabe von Sachen S. 883.
— wegen Verbrechen. Verzeihung S. 1028.
Ehescheidungsrecht — kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit von Wasserschleben (Lit.) S. 782.
Eidesleistung — s. Liquidation.
Eidesversäumniß S. 228.
Eigenthum — s. Beschränkungen.
Eigenthumserwerb — durch Inädifikation S. 967.
Eigenthumserwerbsgesetz — § 41 S. 90, 408, 769.
— § 50 S. 160.
— § 7 S. 448.
— § 7 hat keine rückwirkende Kraft S. 885.
— § 10 bezieht sich auf mündliche Nebenabreden bei dem schriftlichen Kaufvertrage S. 885.
— § 38 S. 886.
Eigenthumsklage — in Betreff der nach dem Kataster zum Grundstück gehörigen Theile S. 448.
— des wirklichen Eigenthümers gegen den eingetragenen Eigenthümer S. 450.
Eingebrachtes S. 1023, 1024.
Einrede — des Abschlusses eines Vertrages im Auftrage eines Dritten S. 445.
Einwand — der unzulässigen Klageänderung S. 170.
Eisenbahnfrachtgeschäft (Lit.) S. 911.
Empfangnahme — s. Verzug.
Entsagung — des Nießbrauchs S. 119.
Entscheidungsgründe — s. Rechtskraft.

Erben — Klagerecht derselben bei Individualrechten S. 454, 457.
— Haftung derselben gegenüber Erbschaftsgläubigern S. 1011.
Erbportion — s. Akkreszenz.
Erbrezeßstempel — bei Theilung von Nachlaßstücken S. 1081.
Erbschaftliches Liquidationsverfahren — Rechte der nicht präkludirten Gläubiger S. 1057.
Erbschaftsgläubiger — Klage desselben gegen mehrere Erben S. 1011.
Erbschaftsstempel — Abzug von Schulden und Legaten S. 1083.
Erbverträge — der Ehegatten S. 995.
Erfüllung — liegt nicht in der Gläubigererklärung befriedigt zu sein S. 954.
Erfüllungsort — S. 376, 392.
Exceptio de jure tertii — bei Scheingeschäften S. 545.
Exceptio rei judicatae—s. Rechtskraft.
Exmissionsklage — des Verpächters nach dem Verkauf des verpachteten Grundstücks S. 469.
— bei vorbehaltloser Annahme des Miethspreises unzulässig S. 473.

F.

Fabrikarbeiter — haben das Vorrecht des Liedlohns S. 526.
Fakultative mündliche Verhandlung S. 730.
Familienfideikommiß — Verzicht auf das Sukzessionsrecht S. 1040.
— s. Stempelpflichtigkeit.
— s. Verjährung.
Familienschlüsse S. 1042.
Fensterrecht — Beiträge zum Licht- und Fensterrecht S. 67.
— ist gewahrt, wenn von irgend einer Stelle des Nachbarhauses der Himmel erblickt wird S. 483.
Feststellungsklage — von Weismann (Lit.) S. 603.
Fischereirecht — umfaßt Krebsfang S. 883.
Fiktionen (Lit.) S. 905.
Formmangel — wird durch Anerkenntniß gehoben S. 438.
— beim Aftermiethsvertrage S. 475.
Formularbuch — zu den deutschen Prozeßordnungen von Vierhaus (Lit.) S. 131.
Formulare — im neuen Prozeßverfahren von v. Wilmowski und Levy (Lit.) S. 132.
— für Rechtshandlungen von Hilse (Lit.) S. 133.
Forstkultur — s. Waldservituten.
Forum contractus S. 366.
Forum delicti S. 391, 399.
Forum gestae administrationis S. 403.
Frachtvertrag — irrthümliche Auslieferung der Waare S. 1100.
Frist — Beginn derselben bei der Zustellung von Urtheilen S. 50.
Futterungskosten — Ersatz derselben bei der Wandlungsklage S. 418.

G.

Gefahr — s. Dispositionsstellung.
Generalkommission — Kompetenz derselben in Separationsprozessen S. 536.
Genossenschaft — Rechte ausgeschiedener Mitglieder S. 1072.
Gerichtsschreiber — Thätigkeit dess. von Heilbut (Lit.) S. 137.
Gerichtsstand — dinglicher, ist ein ausschließlicher S. 539.
— gewillkürter S. 703.
Gerichtsverfassung — preußische von Munk (Lit.) S. 610.
Geschäftsführung — ohne Auftrag, Genehmigung derselben durch Aneignung der Vortheile S. 997.
Gesellschafter — s. Handelsgesellschaft.
Gesetzesauslegung S. 805.
Geständniß — s. Anerkenntniß.
Gewährleistung — s. Auflassung.
Gewalt — s. väterliche Gewalt.
Gewerbefreiheit — kontraktliche Beschränkung derselben S. 946.
Gewerbegehülfen — Rechte desselben auf Gehalt bei Erkrankung S. 1074.
Gewerbetreibende — Beschränkung des Rechtsweges bei Streitigkeiten derselben. Braumeister Gewerbegehülfe S. 522.
— Landwirthschaft kein Gewerbebetrieb S. 887.
Gewillkürter Gerichtsstand S. 703.
Gewohnheitsrecht — das bürgerliche, in Rußland (Lit.) S. 593.
Glaube des Hypothekenbuches S. 102.

Gläubiger — Rechte desselben am Nachlaß gegen testamentarische Anordnung S. 947.
— s. Erbschaftliches Liquidationsverfahren.
Graben — Begriff desselben S. 430.
Grenzlinien — s. Bauen.
Grubenvorstand — s. Bergrecht.
Grundbuchgesetze — die preußischen von Turnau (Lit.) S. 141.
Grundbuchrecht — von Bahlmann, III. Aufl. (Lit.) S. 141, 592.
— von Achilles, III. Aufl. (Lit.) S. 800.
Grundgerechtigkeit — s. Verjährung.
— Erwerb der G. durch Verjährung S. 479.
— Erlöschen derselben durch Privatverbot gehindert S. 483.
Grundschuld — Einreden gegen die Klage aus der G. S. 458.
Güteragenten S. 983.
Gütergemeinschaft — fortgesetzte G. s. Ehegatten.

## H.

Haftpflicht — der nicht öffentlichen Eisenbahnen S. 1110.
— Kausalzusammenhang der Verletzung mit dem Gewerbebetrieb S. 1111.
— konkurrirendes Verschulden des Beschädigten S. 1112.
— Höhe der Rente, Aenderung derselben S. 1114.
Handelsgeschäfte der Aktiengesellschaften S. 107.
— s. Bürgschaft.
— s. Cession.
Handelsgesellschaft — Eigenthumserwerb derselben an Grundstücken eines Gesellschafters S. 107.
— s. Aktiengesellschaften.
Handelsgesetzbuch — Kommentar zum H. von v. Hahn (Lit.) S. 148.
— Kommentar von Makower (Lit.) S. 586.
Handelsrecht — Kodex des H. von Baisch (Lit.) S. 149.
— das deutsche von Gareis (Lit.) S. 587.
Handlung — ist auch die im Dulden bestehende Leistung S. 881.
Hypotheken — Rangordnung derselben bei früherer Arresteintragung S. 97.
— Kollision der Rechte mehrerer Cessionarien an derselben H. S. 111.
Hypotheken — s. Vormerkung S. 303 und 643.
— Wiedereintragung einer irrthümlich gelöschten H. S. 770.
— Einrede des Eigenthümers gegen den Cessionar S. 886.
— Vorrecht bei Partialzession S. 886.
Hypothekenbanken (Lit.) S. 915.
Hypothekenbuch — Glaube desselben S. 102.

## J.

Jahrbuch — von Johow (Lit.) S. 923.
Inädifikation S. 967.
Individualrecht S. 662.
— s. Erben.
Indossatar — s. Wechselrecht.
Interventionsklage — Begründung der J. S. 245.
Inventar — s. Benefizialeigenschaft.
Justizverfassung — in Preußen von Turnau (Lit.) S. 609.

## K.

Kalenden — sind Reallasten S. 462.
Kataster — s. Eigenthumsklage.
Katasterauszug — nicht maßgebend für den Gegenstand der Subhastation S. 528.
Kaufmann — s. Bürgschaft.
Kaufvertrag — gleichzeitige Nutzung von Sache und Kaufgeld S. 440.
Kirchenbaukosten — Prozeß über die Verpflichtung zur Zahlung derselben S. 501.
— Kirchenbaulast, nicht geändert durch Synodalordnung S. 768.
Kirchenbauten — Ausschluß des Rechtsweges S. 884.
— Nothwendigkeit derselben S. 1047.
Kirchenrecht — Lehrbuch des K. von Richter (Lit.) S. 747.
Klageänderung — nach dem neuen Prozeßrecht S. 170.
Klagerecht — der Erben S. 454, 457.
Kollision — der Rechte mehrerer Cessionarien derselben Hypothek S. 111.
— zwischen Waldservituten und Forstkultur S. 336.
— der Rechte s. Arrest.
Konkurs — Bedingung des Antrags auf Aufhebung S. 1055.
Konkursordnung — s. Ausführungsgesetze.

Konkursordnung — s. Vorträge.
— s. Reichskonkursordnung.
— s. Bürge.
— Kommentar von Hullmann (Lit.) S. 903.
Konventionalstrafe — Entstehung und Beseitigung des Anspruches auf K. S. 416.
Korrealverhältniß — besteht nicht unter Wechselverbundenen S. 958.
Krebsfang — s. Fischereirecht.
Kreditauftrag — erfordert nicht Schriftform S. 1006.

## L.

Landarmenverband S. 1042.
Landesbeamte — s. Pension.
Landesrecht — s. Revisionsinstanz.
Landrecht — Allgemeines von Koch (Lit.) S. 591.
— Kommentar von Rehbein (Lit.) S. 921.
Landüblicher Zinsfuß S. 977.
Landwirthschaft — kein Gewerbebetrieb S. 887.
Lasten — gemeine, Begriff derselben S. 1017.
Laudemialpflicht S. 1014.
Lebensversicherung — Klagerecht der in der Police benannten Erben S. 771; desjenigen, zu dessen Gunsten versichert ist S. 899.
Lehrling — s. Lehrvertrag.
Lehrvertrag — Aufhebung des L. wegen Unfähigkeit des Lehrlings S. 520.
Lichtrecht — Beiträge zur Lehre vom Licht- und Fensterrecht S. 67.
— Verhältniß des L. zum Zwischenraumsrecht S. 432.
Liedlohn — s. Fabrikarbeiter.
Liquidationsverfahren — s. erbschaftliches L.
Liquidatoren — einer Handelsgesellschaft müssen deferirte Eide sämmtlich schwören S. 1096.
Lizitationsprotokoll — Bedeutung desselben im Subhastationsverfahren S. 770.
Löschung — irrthümliche von Hypotheken S. 770.

## M.

Mennoniten — sind von Kalenden nicht befreit S. 462.
Miethsvertrag — s. Rücktritt.
— s. Exmissionsklage.
Miethsvertrag — s. Zurückbehaltungsrecht.
— s. Aftermiethsvertrag.
Militärstrafprozeß — von Bothe (Lit.) S. 140.
Minderungsklage — Werthberechnung, jus variandi S. 888.
Miteigenthum — der Erben S. 454, 457.
Miterben — s. Erben.
Mitgift — nachträgliche Anrechnung derselben S. 1029.
Moniturbrief — s. Dispositionsstellung.
Mündliche Nebenabrede — s. Nebenabrede.
Mündliche Verhandlung — fakultative S. 730.
Mündlicher Vertrag — s. Vertrag.

## N.

Nachbarrecht — s. Bauen.
Nachlaß — Versicherungsgelder gehören nicht zum N. S. 771.
Nachlaßinventar — s. Vergleich.
Nebenabrede — mündliche N., Begriff derselben S. 411.
— s. Eigenthumserwerbsgesetz § 10.
Negatives Thun — ist Handlung S. 881.
Negotiorum gestio — s. Geschäftsführung.
Nichteigenthümer — Pfandrechtsbestellung durch denselben S. 1019.
Nießbrauch — Entsagung desselben S. 119.
— gehören Steine eines Grundstücks zum N. S. 467.
Nützliche Verwendung — Klage aus der n. V., Bedingungen derselben S. 821.
— bei Erwerb der Sache durch lästigen Vertrag S. 1002.

## O.

Ober-Tribunal, Geschichte desselben (Lit.) S. 920.
Observanz — Beweis derselben S. 1089.
Oeffentliche Grundstücke — Besitz daran S. 96.
— öffentliche Wege s. Wege.
Oertliches Recht — s. Verjährung.
Offizialmandat — s. Ablehnung.

Offiziere — s. Pension.
Opinio juris — bei erwerbender Verjährung S. 479.
Orgelbau — S. 1047.

P.

Partialzession — Vorrecht S. 886.
Patentrecht — Deutsches von Kohler (Lit.) S. 567.
Patron — Beiträge zu Orgelbauten S. 1047.
Pension — Anrechnung des Wohnungsgeldzuschusses S. 517.
— Ansprüche von Landesbeamten gegen das Reich S. 887.
Personenstandsgesetz — Kommentar von Sicherer (Lit.) S. 913.
Pertinenzqualität — S. 107.
Pfandrechtstitel — Bestellung durch einen Nichteigenthümer S. 1019.
Pfleger — s. Vormundschaftsrichter.
Pflichttheil — Beifügung einer Substitution S. 499.
— Klage ist vererblich S. 499.
— Feststellung desselben bei widerruflichen Schenkungen S. 979.
— behufs Erlangung desselben kann Subhastation beantragt werden S. 1032.
Pflegschaft — im Falle des § 90 der Vormundschafts-Ordnung S. 769.
Polizeiliche Anordnungen — s. Possessorienklage.
Possessorienklage — gegen Beamte S. 93.
— Zulässigkeit des Rechtsweges, Absicht der Störung, Wiederherstellung des Zustandes vor der Störung S. 95.
— Besitz an öffentlichen Grundstücken S. 96.
— bei der Interventionsklage S. 252.
— animus turbandi nicht erforderlich S. 423.
— trotz Beseitigung der Besitzstörung vor Anstellung der Klage S. 425.
— Einreden aus dem Recht zum Besitz S. 426.
— ruhiger Besitzstand S. 427.
Präklusionsprinzip S. 726.
Preußisches Privatrecht — von Dernburg (Lit.) S. 797.
Privatgewalt — unerlaubte S. 486.
Protestatio pro conservando jure S. 309.
Prorogation — des Gerichts S. 705.
Proxeneticum — Form desselben S. 982.
— bei Annahme der Aufträge verschiedener Personen S. 983.
— Kausalzusammenhang zwischen Leistung und Vertragsschluß S. 987.
Prozeßgericht — s. Beweisaufnahme.

R.

Rangordnung — von Hypotheken bei früherer Arresteintragung S. 97.
Reallasten — s. Kalenden.
— Haftung des Eigenthümers für die in die Besitzzeit fallenden S. 1012.
Rechnungsfehler — s. Vergeich.
Rechnungslegung — Einklagung des Guthabens vor der R. gegen den Verwalter S. 445.
— Verpflichtung des Verwalters, vor der Zahlung des Salair's Rechnung zu legen S. 541.
— bedingt Ausantwortung der Beläge S. 1004.
— ist nicht Bedingung der Klage auf liquidum S. 1095.
Recht — Definition des R. von Jhering S. 1.
Rechtsanwalt — s. Ablehnung.
Rechtskraft — Bedingungen derselben S. 1085.
— bei Entscheidung über einen Theil S. 1087.
Rechtsweg — Zulässigkeit desselben bei der Possessorienklage S. 95.
— bei Polizeiverfügungen über Räumung von Gräben S. 1088.
Referendare — Ausbildung der R. S. 629.
Register zum Gruchot — (Lit.) S. 803.
Regreß — s. Bürge.
Reichscivilprozeß — von Fitting (Lit.) S. 602.
Reichsjustizgesetze — von Kayser (Lit.) S. 597.
Reichskonkursordnung — s. Ausführungsgesetze (Lit.)
— s. Vorträge (Lit.)
— von Petersen (Lit.) S. 612.
— von Sarwey (Lit.) S. 612.
— von Weinhagen (Lit.) S. 613.
Repräsentant — s. Bergrecht.
Res judicata — s. Rechtskraft.
Restitutionsklage — S. 554.
Revalirungsklage — Begründung derselben durch Einlösung des Wechsels S. 958.

Revisionsinstanz — und Landesrecht von Eccius S. 20.
Römisches Privatrecht — von Zródlowski (Lit.) S. 924.
Rücktritt vom Vertrage — Aenderungsrecht S. 880.
— vom Vertrage wegen veränderter Umstände S. 422.
Rücktritt — vom Miethsvertrage wegen nicht rechtzeitiger Uebergabe S. 471.

S.

Scheingeschäft — mit einem Dritten enthält keine exceptio de jure tertii S. 545.
— Anfechtung der Auflassung wegen Sch. S. 545.
— Anfechtung von Sch. S. 1019.
Schenkung — s. Uebergabe.
— Absicht der Sch. beim Armenverbande nicht zu vermuthen S. 513.
— s. Pflichttheil.
— s. Mitgift.
Schiedsmannsordnung — v. Florschütz (Lit.) S. 140.
Schriftform — s. stillschweigende Willenserklärung.
— bei Erklärung des Gläubigers befriedigt zu sein S. 954.
— beim Proxeneticum S. 982.
— beim Kreditauftrag S. 1006.
— beim Anerkenntniß verjährter Handelsschulden S. 1009.
— bei Aenderung von Handelsgeschäften S. 1098.
— s. Nebenabreden.
— bei Cession von Handelsgeschäften S. 886.
Schulbauten — S. 1050.
Sequestration — nach § 50 des Eigth.-Erw.-Ges., Beschlagnahme von Früchten S. 116.
Sequestrationsantrag — s. Vormerkung.
Servituten — s. Grundgerechtigkeit.
— s. Wegegerechtigkeit.
Simulation — s. Scheingeschäft.
Spezialvollmacht — beim Verkaufsauftrag S. 997.
Staat — Haftung desselben für Handlungen der Beamten S. 1042.
Stadt — Haftung der Stadt für ihre Beamten S. 881.
Steine — s. Substanz.
Stempel — Verjährung derselben S. 1076. — s. Erbrezeß- u. Erbschaftsstempel.
Stempelfreiheit — der Theilungsverträge von Lehnsnachfolgern S. 531.
— des Erbschaftskaufes zwischen Miterben S. 534.
Stempelgesetz von Labus (Lit.) S. 802.
Stempelpflichtigkeit — bei beurkundeten, nicht bei klagbaren Verträgen S. 530.
— des Werkverdingungsvertrages S. 1077.
— bei Abschluß des Vertrages durch Korrespondenz S. 1077.
— bei Austausch von Fideikommißvermögen S. 1080.
Stillschweigende Willenserklärung bei nothwendiger Schriftform S. 952.
Strafgerichtsverfassung — von Kayser (Lit.) S. 626.
Strafgesetzbuch — Kommentar von Rubo (Lit.) S. 928.
— Kommentar von Olshausen (Lit.) S. 929.
Strafprozeß — s. Militärstrafprozeß.
— Kommentar von Puchelt (Lit.) S. 934.
— desgl. von Dalcke (Lit.) S. 934.
— von Dochow (Lit.) S. 935.
Straßenpflaster — und Straßenanlagen s. Berlin und Brandenburg.
Straßen und Plätze, Veränderungen derselben S. 832.
Subhastation — Bedeutung des Katasterauszuges für den Gegenstand der S. S. 528.
— Wirkung des Zuschlagsbescheides S. 770.
— s. Pflichttheil.
Subhastationsordnung — von Jäckel. II. Aufl. (Lit.) S. 801.
Substanz — eines Grundstücks. Gehören Steine dazu? S. 467.
Sukzessionsrecht — s. Familienfideikommiß.
Symbolische Uebergabe — s. Uebergabe.
System — des Deutschen Privatrechts. von Paul v. Roth (Lit.) S. 559.

T.

Testamentarische Bestimmung — daß der Nachlaß von Gläubigern nicht angegriffen werden darf S. 947.
Testamente — wechselseitige der Ehegatten S. 989 und 995.

**Testamentsexekutor** — Rechte desselben S. 454.
**Testamentsform** — bei Analphabeten S. 989.
**Transmission** — (Lit.) S. 927.
**Trennung** — der Verhandlung und Entscheidung nach der C.P.O. S. 749.
**Treppen** — s. Aborte.

U.

**Uebergabe** — Wirkung der Ue. durch Anweisung oder Zeichen S. 408.
— symbolische bei Schenkungen S. 442,
— s. Verwaltungsvertrag.
**Uferbesitzer** — s. Bergwasser.
**Uebernahme** — von Hypothekenschulden nach dem Eigenthumserwerbsgesetz § 41 S. 90, 408.
— rechtliche Natur der Klage des Gläubigers gegen den Uebernehmer S. 769.
— eines Werkes unter Vorbehalt. S. 978.
**Umlagen** — bei Kirchenbaukosten S. 769.
**Unbescholtenheit** — s. Ehescheidung.
**Unehelichkeit** — Feststellung derselben S. 1036.
**Unmöglichkeit** — der Erfüllung einer judikatmäßigen Leistung S. 880.
**Unterhalt** — standesmäßiger S. 1023.
— Pflicht des Mannes zur Gewährung desselben S. 1024.
**Untersagungsrechte** — Besitz daran S. 428.
**Unterstützungswohnsitz** S. 1042.
**Unwissenheit** — von einer in das Hypothekenbuch eingetragenen Verfügung S. 950.
**Unzulässige Klageänderung** S. 170.

V.

**Väterliche Gewalt** — Aufhebung derselben über einen Großjährigen durch den Beginn eines Gewerbes S. 346.
**Veränderte Umstände** — s. Rücktritt.
**Verbot** — der Chikane S. 677.
**Verdächtiger Umgang** — s. Ehescheidung.
**Vergleich** — Anfechtung wegen Rechnungsfehler im Nachlaßinventar S. 452.
**Verhandlung** — fakultative mündliche S. 730.
— Trennung der V. und Entscheidung nach der C.P.O. S. 749.
**Verhandlungsversäumniß** S. 228.
**Verjährung** — von Forderungen. Oertliches Recht entscheidend S. 437.
**Verjährung** — der Klagen. Beginn derselben S. 438.
— Erwerb einer Grundgerechtigkeit durch V. S. 479.
— von Wegegerechtigkeiten S. 481.
— gegen Pächter S. 882.
— gegen Familienfideikommisse S. 882.
— bei Erwerbung von Grundgerechtigkeiten S. 896.
— von Alimenten S. 1036.
— von Stempeln S. 1076.
**Vermögenszulänglichkeit** — Grund zur Aufhebung des Konkurses S. 1055.
**Verpächter** — s. Exmissionsklage.
**Versicherungsvertrag** — s. Annahme.
— unmittelbares Klagerecht der in der Police genannten Erben S. 771; desjenigen, zu dessen Gunsten versichert ist S. 899.
**Versuch** — von Cohn (Lit.) S. 930.
**Vertrag** — mündlicher, wenn gesetzlich schriftliche Form vorgeschrieben ist S. 414.
— über Handlungen. Bedingung der Vergütungen S. 880.
**Verwalter** — s. Rechnungslegung.
**Verwaltungsstreitverfahren** (Lit.) S. 139.
**Verwaltungsvertrag** — setzt Uebergabe der Sache voraus S. 1003.
**Verwendung** — s. nützliche Verwendung.
**Verzeihung** — s. Ehescheidung.
**Verzicht** — s. Familienfideikommiß.
**Verzug** — setzt Verschulden voraus S. 451.
— bei der Empfangnahme S. 1099.
**Vollmacht** — s. Spezialvollmacht.
**Vorbehalt** — bei Uebernahme eines Baues S. 978.
**Vorbehaltenes Vermögen** — s. Ehefrau.
**Vormerkung** — zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung S. 100, 770.
— bei späterer Belastung. Glaube des Hypothekenbuches S. 102.
— gegenüber Sequestrationsanträgen eines Gläubigers des Verkäufers S. 105.

Vormerkung — die durch den Prozeßrichter vermittelte S. 303 und 643.
Vormundschaftsordnung — von Löwenstein, von Anton, von Wachler, von Neumann und von Hesse (Lit.) S. 142.
— von König (Lit.) S. 147.
Vormundschaftsordnung — § 90 S. 796.
Vormundschaftsrichter — Befugniß desselben zur Bestellung eines Pflegers für ausländische Minorenne S. 511.
Vorträge — über die C.P.O. von Fitting (Lit.) S. 135.
— zur Reichskonkursordnung von v. Wilmowski (Lit.) S. 139.
— über die Reichs-C.P.O. von Wach (Lit.) S. 598.

W.

Waldservituten — Kollision zwischen W. und Forstkultur S. 336.
Wandlungsklage — s. Futterungskosten.
— beim Untergange oder Verschlechterung der Sache S. 997.
Wasserstand — gewöhnlicher S. 964.
Wechselrecht — Encyklopädie des W. von Oskar Wächter (Lit.) S. 588.
— s. Revalirungsklage und Korrealverhältniß.
— Angabe der Zahlungszeit in Wechsel S. 1104.
— Einreden eines früheren Indossatars S. 1106.
— Einrede der Fälschung des Wechsels S. 1108.
— Beweis dieser Einrede S. 1109.
Wechselseparatum — Begründung und Gerichtsstand desselben S. 1091.
Wechselseparatum — Unzulässigkeit der Diffession in demselben S. 1093.
Wechselseitige Testamente S. 989 und 995.
Wegegerechtigkeit — Erwerb der W. ohne bestimmten Wegezug durch Ersitzung S. 481.
Weg — öffentlicher, Klage auf Benutzung desselben unzulässig S. 508.
Werthberechnung — s. Minderungsklage.
Werth — gemeiner und außerordentlicher S. 409.
Wiederherstellung — des Zustandes vor der Störung S. 95.
Wohnungsgeldzuschuß — s. Pension.

Z.

Zahlung — Begriff derselben S. 90.
— s. Cessio legis.
— Z. a conto S. 1008.
— Anrechnung derselben auf verjährte Schuldposten S. 1009.
Zeit der Erfüllung — Bestimmung durch den Richter S. 469.
Zeugnißpflicht und Zeugnißzwang (Lit.) S. 908.
Zinsfuß — landüblicher S. 977.
Zins- und Wucherfrage — von Reichensperger (Lit.) S. 589.
Zurückbehaltungsrecht — des Vermiethers S. 475.
Zustellung — der amtsgerichtlichen Urtheile S. 50.
— in Prozeßsachen alten Verfahrens S. 765.
Zustellungsbevollmächtigter — in Prozeßsachen alten Verfahrens. S. 765.

# Vorwort.

Die jetzige Redaktion der Beiträge hat in dem Vorwort zum 21. Bande die Ziele näher dargelegt, welche sie bei der Fortführung des von Gruchot begonnenen Werkes erstrebt. Sie hält sich verpflichtet, dem Leserkreise jetzt mitzutheilen, inwiefern ihrer Ansicht nach die am 1. Oktober d. J. ins Leben getretenen Veränderungen in der Justizverfassung und dem Gerichtsverfahren auf die allgemeine Leitung der Zeitschrift von Einfluß sein werden.

In dem gedachten Vorwort ist bereits darauf hingewiesen, daß in Zukunft die Erörterung der prozessualischen Fragen eine viel größere Bedeutung gewinnen müsse, als denselben bislang in der preußischen, namentlich der altpreußischen Theorie und Praxis geschenkt wurde. Diese Verkündung hat sich erfüllt. Der Umfang der Literatur, welche sich den Reichs-Justizgesetzen angeschlossen hat, übersteigt sogar alle Vorberechnungen. Augenblicklich befindet sich zwar die Fluth von Kommentaren stark im Sinken. Wir scheinen in den nächsten Jahren einer vielleicht ebenso fruchtbaren Epoche von systematischen Zusammenstellungen entgegen zu gehen. Daneben werden aber die Kommentare aus der Praxis neue Lebenskeime ziehen. Jedenfalls steht eine Abnahme der prozessualischen Literatur nicht zu erwarten. Die Redaktion glaubt, daß sie die Aufgabe, welche den Beiträgen sowohl in Betreff der Anbahnung des Verständnisses der Prozeßgesetze, als der Besprechung der literarischen Produktionen erwachsen ist, bisher nach Kräften erfüllt hat. Die in den letzten drei Bänden veröffentlichten Abhandlungen über den Prozeßgang nach der Civil-Prozeßordnung, über das Konkursverfahren, die Glossen zur Civil-Prozeßordnung, sowie andere Aufsätze sind, so-

weit es sich beurtheilen läßt, günstig aufgenommen worden. Die Redaktion hält es für ihre Pflicht, auch in Zukunft der Entwickelung des deutschen Civil-Prozesses ihre unverminderte Aufmerksamkeit zu widmen. Sie wird zu diesem Zwecke fortan einen bestimmten Theil der einzelnen Hefte regelmäßig für die Besprechung prozessualischer Fragen frei halten. Sie hegt das Vertrauen, daß die Berufsgenossen, namentlich diejenigen, welche bereits zu den Mitarbeitern der Beiträge gehören, ihre Hülfe dem Werke nicht entziehen. Es ist ihr überdies gelungen, bewährte prozessualische Kräfte für die Zwecke der Zeitschrift zu interessiren. Die Unterstützung derselben wird es ermöglichen, regelmäßig eine Uebersicht und Kritik der auf dem Gebiete des Prozeßrechts erscheinenden literarischen Neuigkeiten zu bringen.

Eine weitere Aenderung muß in Betreff der Mittheilungen aus der Praxis eintreten. Die Redaktion hat seit dem Erscheinen des 22. Bandes die früher beobachtete Methode in der Publikation von Entscheidungen der Gerichte verlassen und dafür die Judikatur des Ober-Tribunals im Zusammenhang, nach einzelnen Rechtsmaterien geordnet, zur Kenntniß des Publikums gebracht. Es ist ihr vielfach von Berufsgenossen gesagt, daß diese systematische Zusammenstellung der Praxis des höchsten preußischen Gerichtshofes eine zweckmäßige Neuerung gewesen sei. Vom 1. Oktober d. J. ab tritt das Reichsgericht in Leipzig auch für das preußische Recht an die Stelle des Ober-Tribunals. Der Redaktion erwächst dadurch die Aufgabe, die wichtigsten Entscheidungen dieser Behörde sowohl auf dem Gebiete des materiellen, als des formellen Rechts zur Kenntniß ihres Leserkreises zu bringen. In Betreff der Form der Publikation beabsichtigt sie, die Entscheidungsgründe möglichst kurz zu fassen und eine Wiederholung bereits früher ausgesprochener Rechtsgrundsätze zu vermeiden. Diejenigen Erkenntnisse, welche sich auf das Landrecht und die dasselbe ergänzenden Gesetze beziehen, hofft sie annähernd vollständig bringen zu können. Wenn sich dann an diese Veröffentlichungen zur Erleichterung der Uebersicht von Zeit zu Zeit systematische Zusammenstellungen der Präjudizien schließen, so hegt die Redaktion die Ueberzeugung, daß die Leser der Beiträge in steter

Kenntniß über die Praxis des Reichsgerichts auf dem Gebiete des preußischen Rechts bleiben.

Der weitere Inhalt der Zeitschrift erleidet keine Aenderung. Die Redaktion wird bestrebt sein, in der bisherigen Weise Erörterungen des Civilrechts, insbesondere des Landrechts, des Handels- und Wechselrechts zu veröffentlichen. Sie hofft, daß die Unterstützung, welche ihr aus allen Kreisen der Berufsgenossen entgegengetragen ist, ihr auch in Zukunft nicht fehlen wird. Im Vertrauen auf diese Beihülfe unternimmt sie es, die Beiträge auch nach der Durchführung der Justizorganisation fortzusetzen.

Berlin, im Dezember 1879.

**Die Redaktion der Gruchot'schen Beiträge.**

## Zur Erinnerung an Julius Albert Gruchot.

Am 9. Oktober 1879 starb zu Hamm im 75. Lebensjahre Dr. Julius Albert Gruchot, Königl. Geheimer Justiz- und Apellationsgerichtsrath a. D.

Er war am 19. März 1805 in Frankenstein in Schlesien geboren, wo sein Vater als Steuereinnehmer lebte. Seine Schulbildung empfing er auf dem Gymnasium zu Brieg. Im Herbste 1823 bezog er die Universität Heidelberg und studirte dort bis zum Herbste 1825, von da ab in Breslau die Rechte. Nachdem er am 20. September 1826 die erste Prüfung bestanden, trat er am 24. Oktober desselben Jahres bei dem Stadtgerichte zu Breslau als Auskulator ein. Am 21. Mai 1829 wurde er nach absolvirter zweiter Prüfung zum Referendarius ernannt und fungirte als solcher während längerer Zeit als Hülfsarbeiter bei den Inquisitoriaten zu Breslau und Brieg sowie als Vertreter des erkrankten Justitiars in Langenbielau. Seinen durch eine schwere Krankheit unterbrochenen Vorbereitungsdienst vollendete er am Oberlandesgericht zu Breslau, an welches er auch, nachdem er am 4. Februar 1834 die dritte Prüfung abgelegt, auf einige Monate zurückkehrte. Am 1. Oktober 1834 wurde ihm die Verwaltung einer Hülfsrichterstelle in Hagen übertragen und am 3. Februar 1835 die jüngste Assessorstelle daselbst verliehen.

Im Jahre 1836 vermählte er sich mit Auguste Huge, der jüngsten Tochter des Steuer-Inspektors Huge in Breslau, welche ihm jedoch schon im folgenden Jahre durch den Tod entrissen wurde. 1840 heirathete er Elise Amecke, jüngste Tochter des Zoll-Kommissars Amecke aus Menden, mit welcher er bis an sein Ende in glücklichster Ehe lebte.

Die durch diese Heirath eingetretene Schwägerschaft mit einem anderen Mitgliede des Land- und Stadtgerichtes zu Hagen veran-

laßte seine Versetzung nach Soest, woselbst er am 19. Juni 1847 zum Land- und Stadtgerichtsrath ernannt wurde.

Zwei Jahre später ging sein langgehegter Wunsch, an ein Appellationsgericht Westfalens zu kommen, in Erfüllung, indem er durch Verfügung vom 14. April 1849 als Hülfsarbeiter an das Appellationsgericht zu Hamm berufen wurde. Seine Beförderung zum Rathe bei diesem Gerichtshofe erfolgte unmittelbar nach Erfüllung der Voraussetzungen des § 37 der Verordnung vom 2. Januar 1849 am 13. Juli 1853.

Diese Stellung gewährte ihm vollkommene und dauernde Befriedigung; er lehnte deshalb nicht nur das ihm im Jahre 1856 angetragene, erheblich höher dotirte Amt eines Direktors des Kreisgerichtes zu Greifswald ab, sondern verneinte auch die im Jahre 1864 und wiederholt im Jahre 1866 vom Justiz-Minister an ihn gerichtete Anfrage, ob er bereit sei, als Mitglied in das Ober-Tribunal einzutreten. Er konnte, wie er in seinen Antworten auf diese ehrenvolle Anträge hervorhob, es nicht über sich gewinnen, eine amtliche Stellung aufzugeben, in der er seinen wahren Lebensberuf und damit sein inneres Glück gefunden, eine Stellung, die ihm im Rückblicke auf sorgenvolle Jahre, in denen er dieses Glück gegen die Ungunst der Verhältnisse habe erkämpfen müssen, nur um so werther geworden sei.

In Hamm fand auch sein Trieb zu wissenschaftlichen Forschungen auf dem Gebiete des Rechtes im Verkehr mit hervorragenden Kollegen Anregung und in der ihm übertragenen Verwaltung der Gerichtsbibliothek erwünschte Unterstützung.

Angesichts der Thatsache, daß seit dem Jahre 1854 keine Zeitschrift existirte, welche der namentlich durch Bornemann und Koch in Fluß gebrachten wissenschaftlichen Entwickelung des preußischen Rechtes diente, reifte Ende 1856 in ihm der Gedanke, ein solches Organ durch Herausgabe der „Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechtes durch Theorie und Praxis“ zu gründen. Er stellte sich die Aufgabe,

> „die Theorie zum belebenden Prinzip der Praxis zu machen und dadurch in der letzteren den Geist der Wissenschaftlichkeit anzuregen.“

Seine Bestrebungen fanden besonders unter den preußischen Praktikern bereitwillige Unterstützung und dankbare Anerkennung.

20 Jahre hindurch hat er diesem Unternehmen unermüdlichen Fleiß und die liebevollste Sorgfalt gewidmet. Besonderen Werth verlieh er den „Beiträgen“ durch seine Glossen zum Allgemeinen Landrecht, die er im ersten Bande begann und durch 19 Bände hindurch bis zum 7. Abschnitt des Titel 16 Thl. I. fortsetzte. Das Material, welches er aus den verschiedenen Gesetzgebungen, aus der älteren und neueren Doktrin und aus der Praxis darin gesammelt hat, bietet eine geradezu unerschöpfliche Fundgrube für die wissenschaftliche Erforschung des A.L.R., und die aus der Durcharbeitung dieses Stoffes gewonnenen, in den Glossen niedergelegten eigenen Auffassungen Gruchot's haben in der Praxis gerechte Beachtung gefunden.

In demselben Maße wie die in den Beiträgen veröffentlichten Glossen werden seine besonders herausgegebenen

Preußisches Erbrecht in Glossen zum Allgemeinen Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen

und

Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen Rechte,

deren ersteres 1865 bis 1867, letzteres 1871 erschienen ist, allseitig als hervorragende Leistungen geschätzt.

Schon am 4. August 1861 hatte ihn die Breslauer Universität bei Gelegenheit der Feier ihres fünfzigjährigen Bestehens seit ihrer durch Vereinigung mit der Frankfurter Universität erfolgten Neubegründung

„in Anerkennung der Verdienste um den Staat und insbesondere die Rechtspflege und die Unterhaltung der engen Verbindung zwischen Theorie und Praxis, Wissenschaft und Leben“

durch Ernennung zum Doktor der Rechte geehrt.

Leider hielt seine Gesundheit den Anstrengungen, welche Gruchot sich auferlegte, nicht Stand. Schon 1870 und wiederholt 1872 nöthigten ihn heftige Kopf- und Unterleibsbeschwerden zu mehrmonatlicher Unterbrechung seiner amtlichen Thätigkeit. Im folgenden Jahre sah er sich wegen andauernder Krankheit veranlaßt, seine Versetzung in den Ruhestand nachzusuchen, welche am 1. April 1873 unter Verleihung des Karakters als Geheimer Justizrath erfolgte.

Die Redaktion der Beiträge besorgte er noch bis Ende 1876;

dann gab er wegen seines fortwährend leidenden Zustandes auch diese auf.

Wie ihm seine Begabung und der Reichthum seiner Kenntnisse eine einflußreiche Stellung in dem Richterkollegium, dem er angehörte, seine wissenschaftlichen Bestrebungen und Erfolge die Achtung der ganzen Juristenwelt erworben hatten, so hatte er durch Anspruchslosigkeit, Bescheidenheit, Milde des Urtheils, Wohlwollen und Uneigennützigkeit die Verehrung Aller, die mit ihm verkehrten, gewonnen. Es konnte nicht fehlen, daß sein Tod die weitesten Kreise mit Trauer erfüllte. Sein Leben und Wirken sichern ihm ein bleibendes, dankbares Andenken.

Küntzel.

---

# Abhandlungen.

## 1.

## Ihering's Definition des Rechts.

Eine Studie von Herrn Amtsrichter Kühnast in Rummelsburg in Pommern.

### I.

Es ist ein bedeutsames Zeichen der Zeit, in der seit lange „das Ansehen der Philosophie darniederliegt wie zu keiner Zeit in der Geschichte gesitteter Völker",[1]) einer Zeit, die der letzte philosophische Dogmatiker, der Philosoph des Unbewußten, als das Krankenlager spekulativer Erschöpfung karakterisirt, auf dem die ganze Philosophie zu einer negativen Erkenntnißtheorie, und das heiße zu einer Ignoranztheorie zusammenschrumpfe,[2]) daß einer der ersten Vertreter positiver Wissenschaft, und zwar eine so wundersam glücklich realistische Natur wie der berühmte Verfasser des Geistes des römischen Rechts die Reaktion des metaphysischen Bedürfnisses empfindet und ein System juristischer Teleologie zu enthüllen beginnt, das die spekulativen Prinzipien des ersten Bandes des Zwecks im Recht im Weiteren durch die Resultate der positiven Wissenschaft nach induktiver Methode zu rechtfertigen verspricht.

Eine nothwendige Reaktion; denn, „daß der Geist des Menschen metaphysische Untersuchungen einmal gänzlich aufgeben werde, ist ebensowenig zu erwarten — Worte Kant's[3]) — als daß wir, um

[1]) Stahl i. J. 1854 in der Vorrede zur dritten Auflage des zweiten Bandes der Philosophie des Rechts.

[2]) Eduard v. Hartmann, Philosophie des Unbewußten, 5. Aufl. S. 11 und in dem Aufsatze in der Gegenwart, Band 16, Nr. 27.

[3]) In den Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, S. 192.

nicht immer unreine Luft zu schöpfen, das Athemholen einmal lieber ganz und gar einstellen würden." Ein Plan und eine Methode, die der Sache und des Verfassers würdig sind; denn sie sind geeignet, die Inspiration intellektueller Anschauung in den Maßen und Schranken der Wirklichkeit zu halten und das Wirkliche intellektuell zu reproduziren, eine Versöhnung der Spekulation und des Positivismus auf einem der wichtigsten Kreuzungspunkte beider herbeizuführen, die Lösung dieser Titanenaufgabe anzubahnen, die sich schon einmal ein mächtiger Ehrgeiz in dem „System der erworbenen Rechte" gestellt hat.

Dieses Zeichen einer tiefgehenden wissenschaftlichen Reaktion ist um so bedeutsamer, als die geistige Stimmung der Jetztzeit zumeist durch naturwissenschaftliche Methoden bereitet wird und darum im Großen und Ganzen einer teleologischen Weltauffassung nicht günstig ist. Seit Baco von Verulam[1]) den Naturforschern zugerufen, daß die Teleologie zur Vernachlässigung der physischen Ursachen führe, daß jene Materialisten, die bei der Erklärung der Naturerscheinungen, ohne Einmischung von Gott und Zweckursachen, Alles aus der besonderen Wirksamkeit der materiellen Ursachen zu erklären suchten, der Wissenschaft mehr genützt hätten als Plato und Aristoteles, steht bei der neueren Naturwissenschaft die Teleologie in Verruf. Insbesondere streitet ihr der Darwinismus, wie er wenigstens gemeinhin[2]) in Deutschland verstanden wird, und ebenso der konsequente Materialismus jede prinzipielle Bedeutung ab.

Es scheint, als ob eine literar-historische Würdigung des Ihering'schen Werks eines der interessantesten Blätter zukünftiger Geschichtsschreibung bilden wird. Die Zukunft wird entscheiden, ob diese Philosophie des Interesses eine alte Epoche abschließt, ob mit ihr eine neue beginnt, oder ob sie der Januskopf ist, der mit dem Auge des Egoismus an der Vergangenheit haftet, der mit dem Sinn der Teleologie in die Zukunft hinausschaut. Thatsache ist es, daß der französische Eudämonismus wie die Rechtstheorie Friedrichs des Großen vom wohlverstandenen Interesse die Scheiden alter und neuer Geistesepochen markiren.

---

[1]) Die Nachweisungen bei Frauenstädt, der Materialismus, seine Wahrheit und sein Irrthum, S. 133 flg.

[2]) Interessant sind die dissentirenden Stimmen. Vgl. Venetianer, Der Allgeist, Grundzüge des Panpsychismus, S. 83 flg.

Indessen würde das geistige Leben der Gegenwart sich selbst aufgeben, wenn es darauf verzichten wollte, dieses Geisteswerk inmitten der Strömungen dieser Zeit zu verstehen. In dieser Richtung können vielleicht auch diese feuilletonistischen Betrachtungen eines Praktikers an einzelnen Orten ein flüchtiges Interesse erwecken; denn es hat bis jetzt noch jede Philosophie viel weniger durch sich selbst gewirkt, wie durch das Verständniß und Mißverständniß derer, die sie in sich aufnehmen, so daß es oftmals, und besonders bei rechtsphilosophischen Produktionen, mehr darauf angekommen ist, wie das System von dem großen Haufen verstanden ist, als wie es im Geist des Philosophen lag.

Ein Unrecht würde man dem Skribenten erweisen, wenn man diesen Zeilen eine polemische Tendenz zwischenlegen wollte. Von dieser Komik sind dieselben frei. Ihr Zweck ist lediglich, einen Beitrag zu einer näheren Bestimmung bestehender Gegensätze zu liefern. Es schweben uns hier einige goldene Worte des säcularen Heros unserer Wissenschaft vor. Savigny[1]) schreibt Berlin den 3. Juni 1833 an Puchta nach München:

— „Lieber Freund, es wird nachgerade des Schlimmen, das wir nicht verhindern können, so viel in der Welt, daß wir doppelt Ursache haben, wo es irgend möglich ist, den Frieden vorwalten zu lassen. Dieses gilt gewiß von der meisten literarischen Polemik, die ich, je älter ich werde, desto mehr auf diejenige Form beschränken möchte, worin man in der eigenen Seele Zweifel behandelt, Gründe und Gegengründe abwägt, um die Erkenntniß des Wahren zu reinigen, zu befestigen und zu erhöhen." — —

## II.

Motto und Grundgedanke der Ihering'schen Philosophie: der Zweck der Schöpfer des ganzen Rechts, der Zweck nicht nur das rechts-, sondern auch das weltbildende Prinzip.

Zur ersten Orientirung einige Reminiszenzen aus der Geschichte der neueren Rechtsphilosophie.

---

[1]) Der (im Eigenthum und Besitz des Skribenten befindliche) Brief verbreitet sich über die Oeffentlichkeit städtischer Verhandlungen, das Wesen der Universität, über l. 101 de V. O. und das Citiergesetz.

Spinoza, ein Einblick in dieses System der unendlichen Substanz, des Akosmismus, wie es Hegel kritisirt, ist für die praktische Philosophie seit der Arbeit Sigwart's erleichtert, verschloß sich vollständig gegen den Zweckbegriff wie gegen die Annahme freien menschlichen Willens und die Vorstellung von Gut und Böse. Denn da der Mensch nichts ist als wechselnde Form der einen unendlichen Substanz, von der weder Zweck noch Verstand noch Wille prädizirt werden kann, so steht auch er nur in der unendlichen Reihe bedingender Ursachen. Gut und Böse drücken nur relative Begriffe aus und verschwinden in der absoluten substanziellen Ursächlichkeit.

Leibniz, der im Zweckbegriff, in der teleologischen (prästabilirten) Harmonie die Lösung des Problems[1]) der ganzen neueren Philosophie: die Vermittelung des Gegensatzes von Sein und Denken sucht, identifizirt für das Recht wie für die Schöpfung überhaupt Gesetzmäßigkeit (ratio sufficiens) und Zweckmäßigkeit. Der zureichende Grund jeden Dinges ist dessen Endzweck, der Zweck des Rechts kein Selbstzweck, sondern der öffentliche Nutzen, Endzweck der Gerechtigkeit die Glückseligkeit. Gerecht und ungerecht ist, was dem Oeffentlichen nützlich oder schädlich ist, das natürliche Recht ist, „so die natürliche Gemeinschaft erhält und befördert".[2])

Kant schneidet auch hier tief ein. Zu seiner Zeit nahm ein bekannter Schulbeweis den Ausgang von der durchgängigen Zweckmäßigkeit in der Natur und setzte das Absolute der Zweckmäßigkeit außer den Dingen, da er es in den Dingen nicht finden konnte. Kant's Kritizismus brach die Brücke ab zwischen der Zweckmäßigkeit der Form (im Kant'schen Sinn als das, was das Mannigfaltige der Erscheinungen bestimmt) und der Zweckmäßigkeit der Substanz. Der bloße Zweckbegriff erkläre allenfalls den Weltbauplan, aber nicht die Weltschöpfung; er erkläre, so darf man hinzusetzen, nur die Architektonik des Rechts. Kant lehrt, daß die äußere Zweckmäßigkeit, da sie nur eine Nützlichkeit eines Dinges für ein anderes bezeichnet, etwas Relatives ist. Bloße Mittel dürfen wir nur dann zu wirklichen Naturzwecken erheben, wenn das, für welches sie dienen, an

---

[1]) Michelet, Geschichte der letzten Systeme der Philosophie in Deutschland von Kant bis Hegel, I, S. 12.

[2]) Wir fußen auf der lichtvollen Darstellung Zimmermann's, Das Rechtsprinzip bei Leibniz. Die Definitionen sind S. 22 und 47 mitgetheilt.

und für sich selbst Zweck der Natur ist. Die Zwecke liegen aber nur in der Idee des Beurtheilenden. Es ist nur eine Folge der besonderen Beschaffenheit unseres Verstandes, wenn wir Produkte der Natur nach einer andern Art der Kausalität, als der der Naturgesetze der Materie, nämlich nach der der Zwecke und Endursachen uns als möglich vorstellen. Wir schauen den Zweckbegriff in die Natur hinein. Unser Verstand denkt diskursiv. Er geht von den Theilen aus und faßt das Ganze als Produkt der Theile. Umgekehrt ist bei den organischen Naturprodukten das Ganze der Entstehungsgrund und das Prius der Theile. Gäbe es einen intuitiven Verstand, welcher im Allgemeinen das Besondere, im Ganzen die Theile schon mitbestimmt erkennen würde, so würde ein solcher Verstand die ganze Natur aus einem Prinzipe begreifen, den Begriff des Zwecks nicht brauchen.[1]) Was Kant intuitiven Verstand nennt, wissen wir aus der Kritik der reinen Vernunft: es ist der göttliche Verstand, der durch seine Vorstellungen die Dinge selbst schafft, für den die Kategorieen keine Bedeutung haben. Es bleibt also ungelöst, ob nicht in dem uns unbekannten inneren Grunde der Natur die physisch-mechanische und die Zweckverbindung an denselben Dinge in einem Prinzipe zusammhängen mögen.[2]) Man sieht auch hier, wie Kant's System der Existenz einer Metaphysik widerspricht.[3])

In Hegel's Philosophie verschwindet äußere und innere Zweckmäßigkeit wie die Kategorie von Ursache und Wirkung in dem höheren absoluten Zusammenhange der metaphysischen Nothwendigkeit.[4]) Alles Positive ist nur eine Modifikation des einzig Realen, des substanziellen oder (wie Stahl es nach seinem einzig faßbaren, dem negativen Inhalt so scharf bestimmt) des unpersönlichen Denkens. Die Geschichte eine Bewegung des Gedankens, eine Folge eines nothwendigen Prozesses, das eigentlich Seiende der Begriff, „der allein es ist, was Wirklichkeit hat und zwar so, daß er sich diese selbst giebt“, daß „das Dasein des Begriffs sein Körper ist, der der Seele gehorcht, die ihn hervorgebracht“, daß die Idee (die Vernunft eines Gegenstandes) die „eigene immanente Entwicklung der Sache selbst ist“,

---

[1]) Kritik der Urtheilskraft, S. 271—310.

[2]) Michelet a. a. O. S. 208.

[3]) Helmholtz, Die Thatsachen in der Wahrnehmung, S. 43.

[4]) Zu demselben Resultate gelangt die Philosophie des Unbewußten von Eduard v. Hartmann S. 810.

daß eine philosophische Erkenntniß solcher Gegenstände — wie Vernunft, Aufklärung, Recht, Verfassung, Freiheit — nicht aus dem Raisonnement, aus Zwecken, Gründen und Nützlichkeiten — sondern allein aus dem Begriffe hervorgehen kann.[1]) Die Großartigkeit dieser allgemeinen Anschauung von Staat und Recht als einer lebendigen Einheit, als der Macht des sich gliedernden Ganzen, in dem die Institutionen aus unmittelbarer Nothwendigkeit entstehen, der Rechtsbestand selbst als ein organisches Gefäß sittlichen Lebens erscheint, hat oft genug imponirt.[2]) Schade nur, selbst von den unheilbaren Mängeln ihrer formalen Begründung abgesehen, daß selbst diese allgemeine Anschauung so unglaublich unpraktisch ist, weil man auch nach einem gewissenhaften Studium des Hegel'schen Naturrechts nicht weiß, was eigentliche, vernünftige Wirklichkeit ist, weil die Scheide zwischen dieser, den Zweckbegriff aufsaugenden, wahren Wirklichkeit und der bloßen Existenz, dem vorübergehenden Dasein, der äußeren Zufälligkeit, der wesenlosen Erscheinung, Unwahrheit, Täuschung der subjektiven Willkür jedes Individuums überlassen ist. „Wirklichkeit ist immer Einheit der Allgemeinheit und Besonderheit, das Auseinandergelegtsein der Allgemeinheit in die Besonderheit, die eine selbständige erscheint, obgleich sie nur im Ganzen getragen und gehalten wird. Insofern diese Einheit nicht vorhanden ist, ist etwas nicht wirklich, wenn auch Existenz angenommen werden dürfte. Ein schlechter Staat ist ein solcher, der bloß existirt, ein kranker Körper existirt auch, aber er hat keine wahrhafte Realität." „Schein ist Dasein, das dem Wesen unangemessen ist — das Unwahre, welches verschwindet, indem es für sich sein will." [3]) Hinter dieser Kategorie des Zufälligen, die man treffend die große Verlegenheitsausflucht des Hegel'schen Systems genannt hat[4]), erscheint also immer wieder der Zweckbegriff; und es ist lediglich Sache individueller Gutmüthigkeit, ob und inwieweit man in der einzelnen Institution „die sich durchdringende Einheit der Allgemeinheit und der Einzelheit" sehen will oder nicht sehen will. Die Ueberzeugung des unbefangenen Bewußtseins und der Philosophie, daß, was vernünftig ist, das ist

---

[1]) Grundlinien der Philosophie des Rechts (Ausgabe von Gans, 1833) §§ 1, 2, 272.

[2]) Vgl. Trendelenburg, Naturrecht, S. 339.

[3]) Zusätze zu §§ 270 und 82.

[4]) v. Hartmann a. a. O. S. 780.

wirklich; und daß, was wirklich ist, das ist vernünftig,[1]) reicht gerade soweit, wie die Unbefangenheit selbst. Hegel's Theorie ist in Wahrheit, so weit diese Unbefangenheit auch bei ihm reichte, ein revolutionäres Ferment,[2]) seine persönliche Feindschaft zur historischen Rechtsschule, die sich stellenweise in widerwärtigen Tönen ergeht, ist tief in seiner Philosophie begründet.[3])

Stahl, der professionelle Philosoph der historischen Schule, bildet auch hier den scharfen Gegensatz zu Hegel. Er erkennt es an als Problem der Philosophie, die Einheit zwischen den Kategorien der Ursache und des Zwecks in einem tieferen Centrum zu suchen. Der Menschengeist fordere über den Gesetzen der Natur und Geschichte noch ein Höheres, um deßwegen abgesehen von allem Zweck diese Gesetze oder besser diese bestimmten Wesenheiten der Dinge sind. Stahl setzt dieses Höhere in die ewigen konkreten Beziehungen des göttlichen Wesens, die von Gott in freier Konzeption als Ideen der Schöpfung vorgesetzt sind, in die wir aber keine Einsicht haben, weil wir Gott nur von seiner in unserem Gewissen präsenten sittlichen Seite, nicht aber von seiner schöpferischen und intellektuellen Seite erkennen. Die logischen Gesetze, die wir erkennen, seien aber nicht die Gesetze für und über den Gesetzen der Natur. Das Prinzip seiner Philosophie ist die den Lebensverhältnissen objektiv und real innewohnende Bestimmung, wohl verschieden von dem Zwecke, der ein außerhalb dieser Lebensverhältnisse (Ehe, Staat u. s. w.) liegendes Ziel bedeute, zu welchem sich diese Lebensverhältnisse bloß als Mittel, also an sich gleichgiltig, verhalten müßten. Er bescheidet sich, die Bestimmung der menschlichen Lebensverhältnisse und Rechtsinstitute als eine durch die Einrichtung der Natur gegebene zu erkennen, und schließt aus dem Bereiche wissenschaftlicher Forschung aus den Beweis der Nothwendigkeit, daß das alles nicht anders sein konnte und in

[1]) Vorrede zur Philosophie des Rechtes, S. 17.

[2]) H. Leo, Universalgeschichte, Band 6, S. 768.

[3]) Besonderes Interesse haben heute wieder seine Aeußerungen über Kodifikationen, soweit sie sich aus Rücksicht des literarischen Anstandes weitergeben lassen. Einer gebildeten Nation oder dem juristischen Stande in derselben die Fähigkeit abzusprechen, ein Gesetzbuch zu machen, sei einer der größten Schimpfe, der einer Nation oder jenem Stande angethan werden könnte. Von einem Gesetzbuch die Vollendung absoluter Fertigkeit zu fordern, sei eine deutsche Krankheit. §§ 211, 216.

Ewigkeit nicht anders sein kann. Es gebe nichts, das nicht seinen Grund und seinen Zweck hätte, aber auch nichts sei durch seinen Grund und Zweck schon völlig bestimmt und bezeichnet. Die Zweckmäßigkeit sei nicht für sich allein Prinzip der Schöpfung, so wenig als die Freiheit, sondern sie setze ebensowohl die freie Hervorbringung wie die theils sittliche theils künstlerische Nothwendigkeit voraus. Daß Gerechtigkeit sei, ist der absolute Grund und Zweck, über dem kein höherer stehe, das Sittliche sei darnach schlechthin absolut, ursanfänglich, so wenig in logischen Gesetzen und Bestimmungen als in äußeren Zwecken liegend; wie schon Kant so nachdrücklich hervorhebe, daß das Gute nicht in der Tauglichkeit zu einem Zwecke außer ihm bestehen könne, weil damit die Würde des Guten aufgehoben wäre.[1])

In Trendelenburgs Philosophie ist bereits der innere Zweck der rothe Faden, der sich durch das ganze System und alle einzelnen Institute hindurchzieht, nur daß der Begriff nach Trendelenburgs Terminologie, wenn er die letzte Bestimmung des inneren Zweckes in sich aufnimmt, zur Idee wird, und in der Idee der Grundgedanke des Ganzen, das in den verzweigten Rechten sich organisirende Prinzip des Rechts gesucht, die Idee aber als das letzte Band aller Nothwendigkeit gedacht wird. Trendelenburg statuirt und behandelt mit Vorliebe die Kreuzungspunkte der inneren Zwecke in den einzelnen Instituten und sieht als einen Ausgleich derselben das positive Recht an. Nur diejenigen inneren Zwecke, in welchen die Idee des Menschlichen, der Grund unseres Daseins zu uns spricht, dürfen den Inhalt des Willens ausmachen, so daß das Recht definirt wird als der „Inbegriff derjenigen allgemeinen Bestimmungen des Handelns, durch welche es geschieht, daß das sittliche Ganze und seine Gliederung sich erhalten und weiterbilden kann". Trendelenburgs Rechtssystem ist nach seinen eigenen, den Gegensatz zu Jhering genugsam bezeichnenden Worten ein Theil der Ethik einer immanenten Teleologie.[2])

Röder scheidet im Anschluß an Krause von dem äußeren Rechtszweck, dem Lebenszweck, dessen Erreichung durch das Recht möglich gemacht oder gefördert werden soll, den inneren Rechtszweck,

[1]) Philosophie des Rechtes, II, 1, S. 31, 33, 40, 61 Anm. 87, 88, 89, 204.
[2]) Naturrecht, 2. Aufl. §§ 5, 46.



zu dessen Begriff man gelangt, wenn man darauf sieht, daß das Recht, wenn und sofern es sich als wohl begründet erweist, auch verwirklicht werden soll, und diese Verwirklichung als Zweck eines Handelns denkt. Kein Recht sei denkbar ohne diesen inneren Rechtszweck, der aber durchaus nichts gemein habe mit irgend welchen anderen, das Recht nichts angehenden Zwecken und vollends mit den Zwecken des bloßen Nutzens. Eine präſtabilirte Harmonie des Nützlichen mit dem Gerechten lasse sich nur insofern behaupten, als am Ende und von allen Seiten betrachtet, das Gerechte auch das Nützlichste sein wird. [1])

Ahrens statuirt einen Endzweck des Rechts, der über das Recht selbst und die unmittelbaren Rechtszwecke hinausliegt. Dieser Endzweck ist Humanitäts- oder Kulturzweck, alle Rechtsverhältnisse sind nur die Formen und Mittel, in welchen die menschlichen Lebens- und Güterzwecke zu erstreben sind. Er sieht bereits das Ziel der Zukunft der Rechtswissenschaft in einer tieferen Ausbildung der juristischen Teleologie und erhofft von derselben die Ueberwindung des abstrakt-formalistischen Karakters der Rechtswissenschaft. [2])

Wir sind damit an den Ausgangspunkt zurückgelangt. —

## III.

Iherings Philosophie enthüllt solch eine Systematik der menschlichen Zwecke. [3]) Sie will nachgehen dem inneren Zusammenhange, in dem der eine Zweck in der Konsequenz seiner selbst den anderen aus sich hervortreibt, jener inneren Nothwendigkeit, mit der ein Rechtszweck den anderen erzeugt, und die Welt, wenn sie tausend Mal so erschaffen würde, wie sie einmal erschaffen ward, nach Milliarden Jahren stets dieselbe Gestalt an sich tragen müßte. In dem Zwecke stecke also der Mensch, die Menschheit, die Geschichte; es sei die praktische Dialektik des Zwecks, der aus einfachstem Keime mit zwingender Nothwendigkeit nach und nach immer höhere Formen und Bildungen erschließt. Nur eines von Beiden: entweder es sei die

[1]) Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie, § 16.

[2]) Rechtsphilosophie, 6. Aufl. § 46.

[3]) Ueber den literarischen Ursprung der neuen Lehre siehe Geist des röm. R. III, §§ 60, 61 und die Kritiken von Windscheid, Pand. 4. Aufl. § 37, Anm. 2, Thon, Rechtsnorm und subj. R. S. 218 flg.

Ursache die bewegende Kraft der Welt oder es sei der Zweck. Ueber den menschlichen Willen habe das Kausalgesetz keine Macht, sondern nur das Zweckgesetz. Kein Wollen, keine Handlung ohne Zweck; und zwar sei die Befriedigung, welche der Wollende sich von der Handlung verspricht, der Zweck seines Wollens, und es baue also der Egoismus, ausschließlich sich selber lebend, die Welt. Zum Rechte treibe der Zweck der Fristung und Sicherung des Lebens. Der Wille heiße der Kampf der Interessen, das Recht die Sicherung der Befriedigung des menschlichen Bedürfnisses, die Gerechtigkeit das, was allen paßt, wobei alle bestehen können, die Politik des intelligenten Egoismus. Die Interessen der Gesellschaft seien in Wahrheit die des Individuums, Recht und Zweckmäßigkeit identisch, der Gemeinsinn eine veredelte Form des Egoismus. Wenn die Gewalt sich mit Einsicht und Selbstüberwindung paart, wenn sie sich ihres eigenen Vortheils wegen mäßigt, im eigenen Interesse sich der Nothwendigkeit dieses Maßes bewußt wird und sich unter die von ihr selbst erlassenen Gesetze unterordnet, so gebiert sie das Recht, so daß die Gewalt zum Rechte wird, wenn sie die Norm aus sich erzeugt. Die Gewalt ist es demnach, die herrscht, das Recht nur die Regel und Politik der Gewalt, die veredelnde Disziplinirung der Gewalt. Als Inhaberin der also organisirten Zwangsgewalt ist die Gesellschaft der Staat, die Pflege des Rechts, das heißt die Handhabung der sozialen Zwangsgewalt, die vitale Funktion des Staats. Der Staat demnach die einzige Quelle des Rechts, das Recht formell der Inbegriff der in einem Staate geltenden Zwangsnormen, der Mechanismus zur Verwirklichung der von der Staatsgewalt anerkannten Zwangsnormen, substanziell der Inbegriff der durch das Recht zu verwirklichenden Zwecke, die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft, formell und substanziell der Inbegriff der durch äußeren Zwang, das heißt durch die Staatsgewalt gesicherten Lebensbedingungen der Gesellschaft im weiteren Sinne.[1])

Vorweg die Bemerkung, daß der metaphysische Zusammenhang dieser Philosophie ein großes Räthsel ist. Ihering bekennt sich zwar

---

[1]) Von Ihering, Der Zweck im Recht, erster Band, S. XII, 63, VII, 25, 105, X, 23, 4, 5, 11, 14, 13, 70, 52, 101, 106, 142, 148, 234, 240, 295, 306, 252—255, 307, 315, 317, 318, 321, 333, 339, 426, 499.

ausdrücklich zu einer monistischen Weltauffassung, deutet dieselbe aber nur dahin an, daß der Zweck das Kausalitätsgesetz aus sich entläßt, daß der Zweck nicht ohne einen bewußten Willen zu denken, und daß der Zweck der Welt von Gott gesetzt sei. Monistisch im schulmäßigen Sinne der neueren Philosophie, im Sinne der Auflösung und Erklärung des Gegensatzes zwischen Geist und Materie, Denken und Sein aus einem einheitlichen Prinzipe, im Sinne der das Weltall umfassenden Alleinheit, sei sie Spinoza's Substanz, Fichte's Ich, Schelling's Subjekt-Objekt, Hegel's Idee, Schopenhauer's Wille, v. Hartmann's Unbewußtes, ist diese Auffassung offenbar nicht nothwendig. Eine nähere Ausführung ihres monistischen Zusammenhangs wäre um so interessanter, als es bislang nur materialistische oder pantheistische Lehren gewesen sind, die in dem Entwickelungsgange der Menschheit eine, sei es physische, sei es dialektische Nothwendigkeit erblickten. Auch der Name Gottes ist hier nicht nützlich; denn Monismus und Theismus sind, wenigstens nach dem gegenwärtigen philosophischen Sprachgebrauche, Gegensätze.[1]) Die Räthsel, die Ihering hier stellt, sind um so schwerer, als er es unterläßt, die Differenzen seiner Philosophie von denjenigen Systemen, welche vor ihm den Zweck als das weltbildende Prinzip aufgestellt haben, zu markiren, und als man sich wohl allgemein in die Ansicht eingelebt hat, daß es dem größten Vorgänger Ihering's: Leibniz nicht gelungen ist, den Theismus in seinem Systeme zu placiren.[2])

---

## IV.

Eine Definition, soll Spinoza gesagt haben, muß den nächsten Grund des zu Erklärenden mit enthalten, das heißt genetisch sein. Wir beginnen mit dem nächsten Grunde des Rechts. Grund des Rechts im subjektiven Sinne, sagt Ihering, ist das Interesse und nicht der Wille.

Soviel ist bereits auf rein psychologischem Wege gefunden, daß der Wille an sich, das formale Vermögen der Aktualität, inhaltsleer ist, daß der Wille nur durch einen bestimmten Inhalt die Möglichkeit

[1]) Von Hartmann, Ph. des Unbewußten, S. 541, 542.

[2]) Michelet, Geschichte der letzten Systeme der Philosophie, S. 21. Schwegler, Geschichte der Philosophie, S. 125.

der Existenz gewinnt. „Der Wille des Individuums verhält sich zunächst wie ein potenzielles Sein, wie eine latente Kraft, und sein Uebergang in die Kraftäußerung, in das bestimmte Wollen, erfordert als zureichenden Grund ein Motiv."[1]) Das ist der Grund, warum alle Theorieen von Recht und Staat, welche allein vom Willen ausgehen, im Formalismus stecken geblieben sind.[2]) Es ist auch keineswegs, wie man geglaubt hat, römische Rechtsanschauung, daß der Wille a se und per se die Quelle des subjektiven Rechts sei. Wir erinnern an Gustav Hartmann's[3]) Untersuchungen über das Interesse als die bedingende Grundlage der Obligation, an Thon's[4]) Untersuchungen über den Zweck des Erfüllungszwangs, den Thon in das Interesse und nicht in die Beugung des Willens setzt, auch an Ulpian's Ausspruch im fr. 38 § 17 de V. O. (vgl. § 19 J. de inut. stip. III, 20):

Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest: caeterum, ut alii detur, nihil interest mea. — —

Auch ist gewiß nicht zu zweifeln, daß die Obligation das Zweckmoment mit allen übrigen Rechtsverhältnissen theilt.[5])

So berechtigt also die Opposition gegen die formale Willenstheorie erscheint, so einseitig wäre es, das Interesse allein zur Grundlage des Rechts zu nehmen. Der Zweck für sich ist für das Reich der Freiheit keine produktive Potenz.[6]) Nicht ist der Wille für sich der Grund des Rechts, sondern es ist der rechtlich interessirte Wille als einheitliche substanzielle Potenz, der Wille, der durch das Interesse seinen Inhalt, durch das objektive Recht seine Richtschnur und Schranke erhält.

Eine Probe dieser Einseitigkeit ist die Frage nach dem Grunde der bindenden Kraft der Verträge. Dieses schwere Kreuz der älteren

---

[1]) v. Hartmann a. a. O. S. 225, 101 flg. vgl. Ahrens, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. Band 1, S. 305, 350.

[2]) Ahrens a. a. O. S. 238.

[3]) Die Obligation, § 53 flg.

[4]) Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 96 flg.

[5]) Ryck, Die Obligatio, S. 19.

[6]) Zitelmann, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen, S. 96.

Naturrechtsphilosophie zerbricht Ihering. Zu einem Probleme sei die Frage nur dadurch geworden, daß man das Zweckmoment aus den Augen setzte und die Frage lediglich aus der Natur des Willens zu beantworten versuchte. Das Treibende bei der Obligation sei nicht die abstrakte Idee des Willens, der formale Begriff des Versprechens, sondern der praktische Zweck, der die bindende Kraft der Verträge nicht entbehren könne.[1]) Einigkeit des Willens beim Kontrakte sei Einigkeit der Kontrahenten über die Kongruenz ihres beiderseitigen Interesses. Die bindende Kraft der Verträge heiße nichts als die Sicherung des ursprünglichen Zwecks gegen spätere Interessenverschiebungen. In dem Willen liege nur das verbindende Moment.[2])

Das Problem: aus der Freiheit die Bindung abzuleiten, bleibt aber, ob der Vertrag praktisch unentbehrlich oder entbehrlich sei. Das Problem bleibt, wenn man auch den Willen nicht als Grund der verbindenden Kraft der Verträge betrachtet, sondern ihn nur ansieht als Mittel der Entstehung des Vertrages, als das verbindende Moment.

Irren wir nicht, so erweist sich die bindende Kraft des Willens ganz abgesehen von jeder Kongruenz der Interessen in den, neuerdings mehrfach erörterten, Fällen, in denen aus einer einseitigen Willenserklärung eine kontraktmäßige Haftung und in einem Falle (bei der Pollizitation) sogar eine kontraktliche Schuld eintritt zu einer Zeit, wo eine Interessenkongruenz noch nicht existirt, wenigstens noch nicht im Bewußtsein beider Theile existirt, wo demnächst ebenso gut eine Divergenz wie eine Kongruenz der Interessen konstatirt werden kann. Es sind das die Fälle einerseits der Vertragsofferte an Abwesende, der Vertragsofferte mit Bedenkzeit, des Steigerungsgebots und etwa auch des hinkenden Geschäfts und andererseits der Auslobung, der Inhaberpapierschuldverschreibung und des Wechselaccepts. In allen diesen Fällen besteht eine Haftung zu einer Zeit, wo eine Interessenkongruenz noch nicht konstatirt ist, und für eine Zeit, die in vielen Fällen nur dazu dient, die Divergenz der Interessen zu konstatiren. Ob es sich in allen diesen Fällen, wie

---

[1]) Genau ebenso argumentirt übrigens schon R. Schmid, Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts, S. 126.

[2]) S. 43, 77, 264, 287, 288.

behauptet worden [1]), um ein allgemeines Prinzip des älteren deutschen Rechts handelt, das auch unbewußt die naturrechtliche Doktrin getrieben habe, kann hier dahingestellt bleiben, wo es nur darauf ankommt, die Kraft des Willens für die Vertragsbildung darzuthun. Ebenso gleichgiltig ist es für diese Deduktion, ob in allen oder wenigstens einzelnen dieser Fälle das einseitige Versprechen als Dispositivakt wirkt oder als Bildungsmoment eines Vertrages.

Ihering, so müssen wir freilich zugestehen, erkennt die Stringenz dieses Beweisantritts nicht an. In der Abhandlung: Passive Wirkungen der Rechte [2]) bezeichnet er die handelsgesetzliche Gebundenheit des Offerenten als einen der Fälle, wo die als passive Wirkung des Rechts bezeichnete Gebundenheit der Person als vorübergehende Durchgangsphase des Rechts unabhängig von der aktiven Seite desselben als Vorstadium in dem Bildungsprozesse des Rechts vorkommt, und antwortet auf den eigenen Einwand, daß es einen logischen Widerspruch in sich zu schließen scheine, daß ein Recht bereits Wirkungen soll äußern können, bevor es nur einmal da ist, mit einer Argumentation aus dem Zweckbegriffe. Da die Gestaltung des Rechts wesentlich durch diesen Begriff beeinflußt werde, so liege nicht der geringste Widerspruch darin, daß zu Gunsten eines in der Entstehung begriffenen Rechts, also um eines künftigen Zwecks willen, schon jetzt Beschränkungen Platz greifen, welche dessen künftige Verwirklichung vorbereiten und sicherstellen sollen. Zugestanden, daß hier der Einfluß des Zweckbegriffs mitwirkt, so ist die eigentliche Frage doch die, was hier das wirkende Mittel ist, und wie das Mittel, sei es im Dienst dieses oder jenes Zwecks, fähig ist, solche Rechtswirkungen zu äußern. Das Mittel ist unseres Erachtens der Wille, die Wirkung des Willens liegt in der rechtsetzenden Kraft des Individuums.

Diese Kraft des Individualwillens, eine Rechtsregel für den konkreten Fall zu setzen, beobachten wir nicht nur bei der Obligation, beziehungsweise dem rechtsverbindlichen einseitigen Versprechen, sondern auch im Testamentsrecht und insbesondere bei den Vermächtnissen. Wir spüren diese rechtsetzende Kraft des Individuums aber auch im

---

[1]) Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Rechte, S. 4. Dazu Behrend's Rezension im 8. Band seiner und Dahn's Zeitschrift.

[2]) Dogm. Jahrb. B. 10, S. 387 flg.

Gewohnheitsrecht, das in der Uebung sich immer wieder begründet, nur daß dort die Rechtsbildung vom Einzelnen zum Allgemeinen strebt, wo der Einzelne zugleich für eine Gemeinschaft handelt.[1]) Die letzte Quelle alles positiven Rechts, sagt Windscheid,[2]) ist die Vernunft der Völker. Aus dieser Quelle fließen die Maximen des Handelns, welche die Einzelnen im Vertrage und im Testamente für sich, beziehungsweise ihre Rechtsnachfolger setzen, welche die einzelnen Individuen bei der Uebung des Gewohnheitsrechts und bei der Gesetzgebung für sich und für die Gemeinschaft setzen. Das Problem, aus der Freiheit die Bindung abzuleiten, ist gelöst, wenn es als die höchste Aktualität der Willensfreiheit erkannt wird, daß der Wille sich selbst ein Gesetz setzt, seine eigene „sittliche Konsequenz für die Zukunft"[3]) zieht. Der Wille, der sich als unwandelbar setzt und sich wandelt, giebt sich selbst auf. Die Selbstbestimmung und Selbstgesetzgebung ist eben die Autonomie des Willens.

Auch vor den Konsequenzen dieses Standpunkts braucht der Jurist nicht zu scheuen. „Es soll, mit Windscheid,[4]) bereitwillig zugestanden werden, daß in dem Wesen des Schuldverhältnisses ein Grund gegen die bindende Kraft des einseitigen Versprechens nicht liegt. Warum sollte nicht jemand durch seinen Willen sich selbst ein Gesetz geben können, wie der Erblasser im Vermächtniß dem Erben ein Gesetz setzt? Aber, setzt Windscheid hinzu, das ist eine Betrachtung de lege ferenda, sie entscheidet nicht für den Inhalt eines gegebenen positiven Rechts." Eine andere Konsequenz, die in § 41 des preußischen Gesetzes vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten bereits einen eigenthümlichen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat, ist die, daß der Vertragswille giltig auch einem Dritten gegenüber erklärt werden kann, daß das heutige Recht einen Vertrag anerkennt, wenn der Wille, sich einem bestimmten

---

[1]) Ahrens, Rechtsphilosophie, I, S. 324.

[2]) Pand. § 15.

[3]) Trendelenburg, Naturrecht, S. 345. Am schroffsten vertritt unseres Wissens den gegentheiligen Standpunkt Rudorff, zu Puchta's Pand. § 219: „Die Obligation enthält eine Beschränkung der Freiheit, aber nur (!) der Freiheit des Willens, und auch diese wird nur zeitweilig gebunden, während die Persönlichkeit unberührt bleibt."

[4]) Pand. § 305 Anm.

Menschen binden zu wollen, nur überhaupt ausgesprochen worden ist und er dann von demjenigen, zu dessen Gunsten er ausgesprochen worden ist, ergriffen wird.[1]) Weitere Konsequenzen liegen in dem Zuge der modernen Doktrin, ein Forderungsrecht zu Gunsten eines Dritten über die vom römischen Rechte gezogenen Grenzen hinaus anzuerkennen.

Wäre die Koinzidenz der Interessen die treibende Potenz und die Willenseinigung nur die Konstatirung des Interessenschlusses, so müßte die Verschiebung der Interessen den Vertrag aufheben, mindestens dann, wenn die Aufhebung des Vertrages im beiderseitigen, wenn auch nicht beiderseits erkannten, aber anderweitig zu konstatirenden Interesse liegt. Das Recht müßte gesprochen werden zwischen den Interessen der Parteien, die Gerichte müßten zu privatpolitischen Tribunalen werden. Wenn unser Landrecht bestimmt,[2]) daß jeder der beiden Theile von dem noch nicht erfüllten Vertrage abgehen kann, wenn durch eine unvorhergesehene Veränderung die Erreichung des ausdrücklich erklärten oder aus der Natur des Geschäfts sich ergebenden Endzwecks beider Theile unmöglich gemacht wird, so ist doch der Gedanke des Gesetzes der, daß hier mit dem Willen beider Theile[3]) die Sache so steht, als wäre zwischen ihnen kein Vertrag geschlossen worden.

Wäre die Koinzidenz der Interessen die treibende Potenz, warum überhaupt, so glauben wir fragen zu dürfen, Verträge noch da, wo die Interessenkongruenz thatsächlich vorhanden und, einen alten Rechtsausdruck zu gebrauchen, kundlich und unlogenbar ist? Das rapio ut rapias wäre da die originäre Form des Interessenschlusses, der Typus der Ehe der Raub der Sabinerinnen, wie er wenigstens im Geiste des Künstlers[4]) als Kongruenz der Interessen lag: daß es am Ende nicht zu unangenehm wäre, von den kühnen Römern geraubt zu werden. Es ist eben der Vertrag für sich und durch seine Form das erste bürgerliche Grundrecht, ein Bollwerk der Freiheit. Wohl kann der Wille den Parteien nach seiner Klarheit,

---

[1]) Windscheid, Pand. § 309 Nr. 3, Die Actio des römischen Civilrechtes, S. 209, 210.

[2]) § 378 Th. I. Tit. 5.

[3]) Förster, Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts, 2. Aufl. Band 1. S. 503.

[4]) Siehe Rosenkranz, Aesthetik des Häßlichen, S. 263.

Ernstlichkeit und Gewißheit geprüft werden. Der Zweck ist nicht immer ein bewußter, selten ein einiger, zumeist versteckt und immer veränderlich mit jeder Verschiebung der vermögenspolitischen Situation. Der Zweck besteht überhaupt nur in der Relation zum Mittel. Daraus folgt zweierlei. Erstens: ein jeder Zweck ist nur Mittel zu einem andern Zweck. Der Zweck ist nie der letzte Grund. Und zweitens: wenn das Ziel direkt erreicht werden kann, oder wenn man das Ziel aufgiebt, so verschwindet der Zweckbegriff.[1])

Eine andere Probe der Alternative, die hinsichts des Grundes des subjektiven Rechts hier vorangestellt ist, liegt in der Frage nach der juristischen Möglichkeit des Bestehens von Rechten und Verbindlichkeiten ohne Subjekt, nach Windscheid's Ausdruck[2]) einer der brennendsten Fragen der Gegenwart. Die Frage nach der Rechtssubjektivität, wenn Verfügung und Genuß des Rechts auseinander fallen, muß zum Beispiel verschieden beantwortet werden, je nachdem man die Beziehung des Rechts auf den Willen intimer oder entfernter faßt.[3]) Eine weitere Probe der Kraft des voluntaren Elements liegt in den Bildungen formellen Rechts, die das moderne Leben immer klarer treibt, deren rückhaltlose Anerkennung ein entschiedener Zug der heutigen Doktrin und Praxis ist.[4]) Es scheint, als ob diesen Bildungen aus der neuen Lehre ernste Gefahren drohen.[5]) Von großer Tragweite ist Ihering's Rechtsprinzip auch für die doktrinelle und praktische Verarbeitung des § 231 C.P.O. Es wäre Vermessenheit, bevor Ihering gesprochen hat, in diesen Richtungen die Konsequenzen seiner Theorie ziehen zu wollen.

Als Faktor des Rechts ist der Wille freilich auf psychologischem Wege eliminirt, wenn über den menschlichen Willen nur der Zweck, das sogenannte Zweckgesetz Macht hat, wenn des Menschen Wille

---

[1]) Vergl. v. Hartmann a. a. O. S. 37.

[2]) Pand. § 49 Anm.

[3]) Zitelmann a. a. O. S. 43, 46.

[4]) Statt weiterer Citate Dernburg und Hinrichs, preußisches Hypothekenrecht, Vorrede, S. VI.

[5]) Ihering's Worte S. 148: „Es giebt in meinen Augen keinen verhängnißvolleren Irrthum, als ob der Vertrag als solcher, welches immerhin auch sein Inhalt, sofern es nur kein unmoralischer sei, Anspruch auf Schutz des Gesetzes habe", können verstanden werden als Tendenz der Beschränkung der Abstraktion von der Causa.

nichts anderes heißt als der Kampf der Interessen. Keine Handlung, kein Wollen ohne Zweck, sagt Ihering. Der Mensch, welcher handelt, thut es nicht eines „weil", sondern eines „um" wegen. Ihering sagt, man zahlt nicht, weil man schuldig ist, sondern um ein ehrlicher Mann zu bleiben, den Kredit oder Ruf nicht zu gefährden, sich keinem Prozeß auszusetzen — man sieht schon hier, wie der positive Zweck sich in die reine Negative verflüchtigt. Eine Ethik, die ihre Selbstkritik in der Konsequenz zieht, daß „der nicht zahle, den die Schuld nicht drücke." [1])

Kant's moralischer Formalismus, dieses Wort im philosophischen Sinne genommen, ist Ihering natürlich ein begrifflicher Gräuel, der kategorische Imperativ, der alle Beimischung irgend eines Interesses als Triebfeder ausschließt, das Ziel geistreicher Spötterei. Man dürfte ebenso gut hoffen, einen Lastwagen aus der Stelle zu schaffen mittels einer Vorlesung über die Theorie der Bewegung als den menschlichen Willen vermittels des kategorischen Imperativs. Dazu gehöre ein realer Druck, dieser reale Drücker sei das Interesse.[2])

Eine unendlich kleine Dosis Wahrheit genügt dazu, soll ein Franzose einmal gesagt haben, daß die ausgezeichnetsten Geister sich mit den ungeheuerlichsten Irrthümern befreunden. Die Wahrheit liegt darin, was heute wohl gemeine Meinung ist,[3]) daß ein formales Prinzip, welches es verschmäht, die Realität des sittlichen Prinzips aus der menschlichen Natur ableiten zu wollen, das Ziel überfliegt und darum das spezifisch Menschliche verfehlt. Wenn die Materie des Handelns niemals ein Bestimmungsgrund des moralischen Handelns werden darf, wenn der Sinn des obersten Grundsatzes der Moral: handele so, daß die Maxime deines Willens zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne, nur der ist, daß beim Versuch, die Maxime dieses Handelns als allgemein befolgtes Gesetz zu denken, kein Widerspruch herauskommt, so kommt dieses Prinzip über die abstrakte Verstandesbestimmung der leeren

---

[1]) S. 4, 11, 13, 14, 15, 18, 19.

[2]) S. 56, 57.

[3]) Trendelenburg, Naturrecht, 2. Aufl. S. 67, Ahrens, Naturrecht oder Philosophie des Rechts, 6. Aufl. Band 1 S. 90, 244, 263, Band 2, S. 489. Stahl, Die Philosophie des Rechts, 3. Aufl. Band 2, Abth. 1, S. 103, Reinhold Schmid, Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts, S. 44, Wiese, Die Bildung des Willens, 1. Aufl. S. 31.

Identität, über die inhaltlose Allgemeinheit nicht heraus. Es ist frei von allen Einflüssen zufälliger Gründe, enthält aber auch keinen weiteren positiven Inhalt als der Satz des Widerspruchs überhaupt, den Kant denn auch im Theoretischen für ein bloß negatives Kriterium der Erfahrung ansah.[1]) Der ungeheuerliche Irrthum ist aber der, daß darum von einem reinen Willen überhaupt abstrahirt werden dürfe. Der reine Wille bleibt ein allgemeiner, gewinnt aber spezifisch-menschlichen Inhalt, wenn sein Beweggrund in die Vernunft geleitet, wenn dieser aus den nächsten direkt oder indirekt egoistischen Zwecken in die letzte Bestimmung des inneren Zwecks verlegt, wenn die Freiheit erkannt wird als das Bewußtsein der inneren Nothwendigkeit.

„Der Mensch, wie er sein soll — wir setzen einen Ausspruch des Aristoteles[2]) Ihering's Worten gegenüber — schaut, um zu schauen, denkt, um zu denken, handelt gerecht, tapfer, um gerecht und tapfer zu handeln." Er zahlt, so darf wohl hinzugesetzt werden, seine Schuld, auch wenn sie ihn nicht drückt, um seine Schuld zu tilgen.

Die neuere Psychologie scheidet das Wollen vom Begehren, den Willen vom Begehrungsvermögen. Es wird das Recht degradirt, wenn seine Beziehung zum Willen gelockert, und wenn es auf den Grundsinn der Begierden, die Selbstsucht, stabilirt wird.

Das wohlverstandene Interesse hat bereits in der Zeit der französischen Aufklärung seine Rolle gespielt. Die Hauptschrift des französischen Materialismus: das Système de la Nature stellt die Behauptung auf, daß die Moral, wenn sie wirksam sein soll, nur auf die Selbstliebe, auf das Interesse gegründet werden könne. Sie müsse dem Menschen zeigen, wohin sein wohlverstandenes Interesse führe. Bekannt ist auch die Aeußerung des Helvetius, daß es eine Absurdität sei, zu verlangen, daß der Mensch das Gute um des Guten willen thue. Bringe die Moral nicht das eigene Interesse in das Spiel, polemisire sie gar dagegen, so bleibe sie nothwendig fruchtlos. Bekannt ist aber auch die Aeußerung einer Dame über das System des Helvetius: es sei darin nur das Geheimniß aller Welt ausgesprochen; und es würde uns nicht Wunder dünken, wenn

[1]) Michelet a. a. O. S. 138.

[2]) Wir entlehnen dieses Zitat Trendelenburg a. a. O. S. 68.

der eine oder der andere der Gründer und Börsen-Potenten der Jetztzeit genau dasselbe von der neuen Rechtslehre aussagen sollte. —

(Schluß folgt.)

---

## 2.

## Die Revisionsinstanz und das Landesrecht

nach der Kaiserlichen Verordnung betreffend die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 28. September 1879.

Von Herrn Dr. Eccius, Geh. Reg. Rath und vortr. Rath im Reichs-Justizamte zu Berlin.

„Das künftige Reichsgericht ist zu konstituiren als höchster Gerichtshof nicht nur über die Reichsgesetzgebung, sondern auch über das Geltungsgebiet des gemeinen Rechts, des preußischen Rechts, des rheinischen Rechts und der gleichbedeutenden allgemeinen Gesetze und Rechtsbildungen, die über die Bedeutung eines bloßen Provinzial- und Lokalrechts hinausgehen.“ Mit diesen Worten karakterisirte im Jahre 1872 in den Verhandlungen des deutschen Juristentages darüber, ob dem höchsten Reichsgerichte nur die Entscheidung über die richtige Anwendung der Reichsgesetze zugewiesen, oder wie sonst die Kompetenz desselben begrenzt werden solle, Professor Gneist seinen mit dem Entwurfe der Civilprozeßordnung übereinstimmenden Standpunkt.[1]) Der Juristentag gelangte zu einem anderen Schlusse. Mit Ablehnung jeder Einschränkung sprach er aus: „Dem deutschen Reichsgericht ist die Entscheidung der letzten Instanz zu überweisen nicht nur über die Reichsgesetze, sondern auch über die Landesrechte.“[2]) Die Faktoren der Reichsgesetzgebung haben indessen an den schon vorher in Aussicht genommenen Einschränkungen festgehalten. Im Rückblick auf die fertige Civilprozeßordnung konnte der Justizminister Dr. Leonhardt sogar betonen, daß die eigentliche Tendenz bei der ganzen Organisation des Reichsgerichts nicht dahin gehe, Einheit im Rechte, sondern nur dahin, Einheit im Reichsrecht herbeizuführen,[3]) wie auch schon die allgemeine Begründung

---

[1]) Verhandlungen des X. deutschen Juristentages, Band II, S. 192.

[2]) Ebenda S. 219.

[3]) Verhandlungen des preuß. Abgeordnetenhauses, Sitzung v. 7. Febr. 1878.

des Entwurfs der Civilprozeßordnung, indem sie nur „einstweilen“ das gemeine Civilrecht, das Civilrecht des Allgemeinen Landrechts und des rheinischen Gesetzbuches für die Kognition des obersten Gerichtshofs in Anspruch nahm, auf die Zeit verwies, in welcher dieser Rechtsstoff durch ein allgemeines deutsches Civilgesetzbuch ersetzt sein werde. „Dann wird der oberste Gerichtshof nicht allein grundsätzlich, sondern auch faktisch ein Gerichtshof für das deutsche Reichsrecht sein.“ [1]) Bis dahin aber nöthigte das Bedürfniß nach Erhaltung desjenigen Maßes von Rechtseinheit, welches in den Landesrechten von größerem territorialen Geltungsbereiche und von allgemeiner Bedeutung vorhanden war, dazu, die landesrechtlichen Normen nicht schlechthin der Judikatur einer dritten Instanz zu entziehen.

In welcher Abgrenzung aber das Landesrecht für geeignet zu erklären sei, das Rechtsmittel der Revision zu begründen, stellte sich als eine nicht sofort und nicht für die Dauer gleichmäßig zu beantwortende Frage heraus. Wie die Begründung des Entwurfs der Civilprozeßordnung ersehen läßt, hatte man zuerst daran gedacht, die Normen, auf deren Verletzung die Revision sollte gestützt werden können, in dem Gesetze selbst speziell oder generell aufzuzählen; aber man überzeugte sich von der Unausführbarkeit und Unrathsamkeit dieses Weges. In Folge dessen enthielt der Entwurf der Civilprozeßordnung, schon wie er im preußischen Justizministerium ausgearbeitet war, eine dem Wortlaute des nunmehrigen § 511 der Civilprozeßordnung im Wesentlichen entsprechende Vorschrift. Der § 511 bestimmt:

> Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, beruhe.

Neben dieser Vorschrift aber wurden ergänzende Bestimmungen in Aussicht genommen. Das Einführungsgesetz zur Civilprozeßordnung sollte nach dem an den Bundesrath gelangten Entwurf in zwei Anlagen Verzeichnisse von Rechtsnormen bringen, auf deren Verletzung die damals „Oberrevision“ genannte Revision nicht gestützt werden könne, obgleich ihre Geltung sich über das Gebiet des Gerichts

[1]) Begründung des Entwurfs der Civilprozeßordnung S. 46.

zweiter Instanz erstrecke, und von Rechtsnormen, deren Verletzung die Oberrevision begründen sollte, obgleich ihre Geltung nicht über das Gebiet des in zweiter Instanz erkennenden Gerichts hinausgehe. Das erste Verzeichniß insbesondere sollte alle Partikularrechtsnormen einzeln aufzählen, für deren richtige Auffassung und Anwendung trotz ihres weiteren Geltungsgebiets die Gerichte zweiter Instanz präsumptiv qualifizirter seien als das Oberrevisionsgericht.[1])

Die Reichscivilprozeßkommission, welche die Vorlage an den Bundesrath vorberathen hatte, war nicht in der Lage, die in Aussicht genommenen Anlagen des Einführungsgesetzes auszufüllen. Sie überließ diese Thätigkeit dem Bundesrathe selbst. Aber auch dieser hielt die Aufgabe für eine noch nicht zu lösende. Die Begründung des dem Reichstage vorgelegten Entwurfs führt aus: „Den einzelnen Bundesstaaten muß in Bezug auf die Abgrenzung der Bezirke der Oberlandesgerichte freie Hand gelassen werden; die Landesgesetzgebung kann ferner bis zum Inslebentreten des Reichscivilgesetzbuchs Aenderungen am Landescivilrecht treffen. Der Umfang der Zuständigkeit der dritten Instanz ist sonach von einer Grundlage abhängig, welche zeitlich sich ändern kann. Ueberdies ist anzunehmen, daß zu der Zeit, in welcher die Reichsjustizgesetze die definitive Zustimmung erhalten, die Bezirke der zu bildenden Oberlandesgerichte noch nicht feststehen werden.“ [2]) Der Bundesrath nahm deshalb die demnächst unverändert zum Gesetz gewordene Bestimmung des § 4, jetzt § 6 Absatz 1 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung in Aussicht, welcher lautet:

> Mit Zustimmung des Bundesraths kann durch Kaiserliche Verordnung bestimmt werden:
>
> 1. daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, die Revision nicht begründe,
> 2. daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich deren Geltungsbereich sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, die Revision begründe.

Eine erste, diesem Vorbehalte entsprechende Kaiserliche Verordnung, „betreffend die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechts-

[1]) Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung. Berlin 1872. Seite 427.
[2]) Begründung des Entwurfs der Civilprozeßordnung S. 321.



streitigkeiten", ist nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths unter dem 28. September 1879 erlassen worden und im Reichsgesetzblatt Seite 299 publizirt. Mit dem Inhalte dieser Kaiserlichen Verordnung werden sich die folgenden Ausführungen zu beschäftigen haben.

Zunächst ist jedoch ein Blick auf die gesetzliche Grundlage der Kaiserlichen Verordnung selbst zu werfen, auf welche auch in der Praxis mannigfach wird zurück gegangen werden müssen. Hierauf verweist die Begründung, mit welcher der Entwurf der Kaiserlichen Verordnung an den Bundesrath gelangt ist, wenn dieselbe die Aufgabe, wie folgt, begrenzt: „Nur um Modifikationen des Prinzips des § 511 der Civilprozeßordnung in den durch § 6 des Einführungsgesetzes bezeichneten Richtungen handelt es sich; im Uebrigen kann und soll die Kaiserliche Verordnung den § 511 nicht beseitigen und ersetzen. Wie hiernach der Entwurf überall voraussetzt, daß die Revision nur begründet ist, wenn die Entscheidung wirklich auf Verletzung des Gesetzes beruhe, und daß auf Verletzung von Reichsgesetzen die Revision schlechthin gestützt werden kann, so bleibt auch der aus dem Wortlaute des § 511 zu entnehmende Grundsatz unberührt, daß die Revision durch die Verletzung eines Gesetzes nur dann begründet wird, wenn das Gesetz als ein im Bezirke des Berufungsgerichts geltendes anzuerkennen war." [1])

Diese letztere wichtige Einschränkung der Thätigkeit des Reichsgerichts war in der dem Bundesrathe vorgelegten Begründung des Entwurfs der Civilprozeßordnung nicht besonders hervorgehoben. Bei den Berathungen im Schooße des Bundesrathes scheint sich die Aufmerksamkeit auf diesen Punkt gelenkt zu haben. Die Begründung des dem Reichstage vorgelegten Entwurfs sagt darüber: „Aus dem Wortlaute des § 487 (des jetzigen § 511) ergiebt sich, daß die Revision, soweit es sich nicht um die Verletzung von Reichsrecht handelt, voraussetzt, daß das verletzte Gesetz innerhalb des Bezirks desjenigen Oberlandesgerichts gilt, welches das Berufungsurtheil erlassen hat. Hieraus folgt:

1. Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß ausländisches Recht nicht richtig angewendet sei.

[1]) Drucksachen des Bundesraths 1879/80, Nr. 140, S. 7.

Diese Konsequenz haben auch das französische Recht (vergl. Tarbé, cour de cassation, Paris 1840, pag. 49 § 11 I.) und der preußische Entwurf § 655 [1]) gezogen. Sie entspricht dem Gedanken, auf welchem die Zulassung einer dritten Instanz beruht.

2. Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß inländisches Recht, welches in dem Bezirke des Berufungsgerichts keine Geltung hat, nicht richtig angewendet sei. Legt also z. B. das Oberlandesgericht für Elsaß-Lothringen eine in dem konkreten Falle anwendbare Rechtsnorm des preußischen Allgemeinen Landrechts unrichtig aus, so ist die Anfechtung des Berufungsurtheils wegen dieser unrichtigen Anwendung ausgeschlossen.

Anders verhält es sich, wenn die Revision darauf gegründet wird, daß das Berufungsgericht statt des ausländischen Rechts oder statt des Rechts eines andern deutschen Gebiets das in seinem Bezirke geltende Recht zur Anwendung gebracht habe. In diesem Falle ist die Revision dagegen gerichtet, daß von dem Berufungsurtheil gegen die Grundsätze der sogenannten örtlichen Kollision der Rechte verstoßen, also eine für das Berufungsgericht geltende Rechtsnorm verletzt sei." [2])

Man wird diese Ausführungen als zutreffend anerkennen müssen. Gewiß hat es etwas Befremdliches, daß das Reichsgericht, welches die richtige Anwendung einer Rechtsnorm zu wahren hat, die das durch stetige Anwendung der Rechtsnorm mit derselben vertraute Gericht anzuwenden hatte, von der Berichtigung eines Rechtsirrthums bezüglich derselben Norm ausgeschlossen ist, wenn der Irrthum dem weniger mit derselben vertrauten Gericht, das sie als fremdes Recht anzuwenden hatte, zur Last fällt; und im Hinblick auf manche schätzenswerthe Erörterung ausländischen Handelsrechts in den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts kann es bedauerlich erscheinen, daß auch hier die Feststellung des Inhalts des auswärtigen Rechts für die Revisionsinstanz bindend sein soll, so wahrscheinlich es ist, daß gerade bei diesen den Gerichten der unteren Instanz häufig schwer zugänglichen Materien in den Urtheilen derselben Irrthümer vorkommen:

---

[1]) Derselbe lautete: „Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nicht darauf gestützt werden, daß bei der Anwendung des Rechts eines fremden Landes ein Grundsatz dieses Rechts verletzt oder unrichtig angewendet sei." Die Motive Seite 163 führten aus, die Feststellung, was auswärts Rechtens sei, sei eine thatsächliche.

[2]) Begründung des Entwurfs der Civilprozeßordnung S. 322.

der Wortlaut des § 511 gestattet nur diese Auffassung; ein Gesetz, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, liegt sicherlich nur vor, wenn dasselbe auch im Bezirke des Berufungsgerichts geltendes Recht ist.

Ganz ebenso, wie in der durch die Begründung des Entwurfs der Kaiserlichen Verordnung hervorgehobenen Beziehung, wird in mannigfacher anderer Hinsicht auf die Bestimmung des § 511 der Civilprozeßordnung selbst und auf die richtige Auslegung derselben zurückgegangen werden müssen; die Kaiserliche Verordnung hat zwar in einer Mehrzahl von hierbei hervortretenden Fragen eine bestimmte Auffassung des Gesetzes zum Ausgangspunkte nehmen müssen; die dadurch kundgegebene Auffassung ist aber durch solche Kundgebung nicht zum Gesetze geworden.

In einem Punkte stützt sich die Auffassung, von der die Kaiserliche Verordnung ausgeht, allerdings auf eine authentische Interpretation des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung. Nach § 12 des letztgedachten Gesetzes wird, wie überall in der Civilprozeßordnung, so auch im § 511 derselben und im § 6 des Einführungsgesetzes unter dem Ausdruck „Gesetz" jede Rechtsnorm verstanden; an den gedachten Stellen ist das Wort „Gesetz" überdies erst bei der Berathung im Bundesrath an Stelle des bis dahin in dem Entwurfe festgehaltenen Wortes „Rechtsnorm" getreten. Die Kaiserliche Verordnung braucht den Ausdruck „Gesetz" in demselben Sinne und wiederholt im § 13 die Bestimmung des § 12 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung. — Dieselbe geht hiernach davon aus, daß insofern der Umfang des Geltungsbereiches eines Gesetzes die Voraussetzung dafür ist, daß die Revision auf Verletzung desselben gestützt werden könne, es sich um den Geltungsbereich der einzelnen Bestimmung, der konkreten Rechtsnorm, des einzelnen Paragraphen und nicht darum handelt, welchen Geltungsbereich das Gesammtgesetz hat, in welchem sich die einzelne Bestimmung mit vielleicht beschränkterem Geltungsbereich findet. Daß die Kaiserliche Verordnung von dieser Auffassung ausgeht, erhellt aus dem weiter unten näher zu besprechenden § 2 derselben sowie aus dem Umstande, daß in anderen Paragraphen mehrfach einzelne Bestimmungen größerer Gesetze für geeignet erklärt werden, die Revision zu begründen.

An den eben erörterten Punkt schließt sich die Frage an, unter welchen Voraussetzungen anzunehmen ist, daß dieselbe Rechtsnorm

einen weiteren Geltungsbereich hat. Genügt hierzu materielle Uebereinstimmung der einzelnen Rechtsvorschrift in den verschiedenen Legislationen verschiedener Bezirke? Oder muß zur Uebereinstimmung des Inhalts Identität des Akts der Legislation oder der sonstigen Rechtsbildung hinzukommen, welche die Vorschrift für ihr gesammtes Geltungsgebiet zur bindenden Rechtsnorm gemacht hat? Bei der gemeinsamen ethischen Grundlage alles Rechtes und bei der im Wesentlichen gleichartigen historischen Entwickelung des Rechts in den verschiedenen Bestandtheilen des Reichs ist es natürlich, daß vielfach inhaltlich übereinstimmende Rechtssätze in durchaus selbständiger Weise zu Bestandtheilen der verschiedensten Gesetzgebungen geworden sind, die dann in den nächsten sich an die gleichlautende Vorschrift anschließenden Rechtssätzen weit auseinandergehen.

Es wird kaum Widerspruch finden, wenn die Kaiserliche Verordnung, wie das in der Begründung Seite 15, 16 ausdrücklich ausgesprochen wird, davon ausgeht, daß die bloße materielle Konformität einer einzelnen Vorschrift in zwei verschiedenen Gesetzgebungen die beiden Gesetzesvorschriften nicht zu identischen mache. Auch der Umstand kann zu einer anderen Entscheidung nicht führen, wenn erweislich die eine Gesetzgebung aus der anderen, oder wenn beide aus derselben Quelle geschöpft haben. In Uebereinstimmung hiermit wird in der Begründung der Kaiserlichen Verordnung angenommen, daß weder die Verletzung derjenigen Bestimmungen des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs, welche dem gemeinen Rechte entnommen sind, noch ein Verstoß gegen die Bestimmungen einzelner in kleineren deutschen Staaten gegebener Gesetze, die den Gesetzen Preußens nachgebildet sind, die Revision nach der Vorschrift des § 511 der Civilprozordnung begründen könne. Dennoch würde man auf der anderen Seite gewiß zu weit gehen, wenn man die Annahme der Identität des an verschiedenen Orten geltenden Rechtssatzes schlechthin an die Voraussetzung gebunden erachten wollte, daß der Rechtssatz durch denselben Akt der Gesetzgebung oder Rechtsbildung für beide Orte zum Rechte geworden sei. Vielmehr wird man eine Identität des Gesetzes auch dann anzunehmen haben, wenn durch einen besonderen Akt der Gesetzgebung ein anderswo geltendes Gesetz oder ein einzelner Rechtssatz ausdrücklich so, wie er anderswo in Geltung steht, in ein neues Geltungsgebiet eingeführt ist. Wenn z. B. das preußische Berggesetz vom 24. Juni 1865 durch besondere

Verordnungen vom 22. Februar, 8. Mai und 1. Juni 1867 für Nassau, Hannover und Kurhessen eingeführt worden, oder die preußischen Gesetze über das Grundbuchrecht vom 5. Mai 1872 durch Gesetze vom 23. März, 26., 27., 28., 29., 30., 31. Mai 1873 auf Landestheile ausgedehnt worden sind, für die sie ursprünglich nicht erlassen waren, so gelten die gedachten Gesetze in dem erweiterten Geltungsbereiche kraft besonderer Akte der Gesetzgebung, dennoch ist es auch hier, von ausdrücklichen Sonderbestimmungen abgesehen, dasselbe Berggesetz, es sind dieselben Immobiliargesetze, welche in anderen Provinzen Preußens Geltung haben. Hierbei kann es auch keinen Unterschied machen, ob die Einführung des anderswo geltenden Rechtssatzes durch dieselbe gesetzgebende Gewalt erfolgt, welche für das erstgedachte Gebiet die Gesetzesvorschrift gegeben hatte. In Elsaß-Lothringen ist eine Reihe von Reichsgesetzen, das Reichsbeamtengesetz z. B., das deutsche Handelsgesetzbuch, die allgemeine deutsche Wechselordnung durch elsaß-lothringische Landesgesetze eingeführt, die nur für Elsaß-Lothringen erlassen sind: dennoch wird man die hiernach in dem Bezirke des Oberlandesgerichts Colmar landesrechtlich geltenden Rechtsnormen nicht für verschieden von den Normen erachten können, die in den anderen Theilen des Reichs reichsgesetzliche Geltung haben.[1]) Oder um ein der Vergangenheit angehörendes Beispiel heran zu ziehen, so gelten die Bestimmungen des Lübschen Rechts in vielen anderen deutschen Städten außer Lübeck und in jeder dieser Städte kraft eines besonderen Aktes der Gesetzgebung, durch welchen die Stadt mit dem Lübschen Rechte bewidmet worden; demnach würde Niemand zweifeln können, daß durch die gedachten Akte das Geltungsgebiet desselben Lübschen Rechts erstreckt worden ist, und wenn die Bestimmung des § 511 der Civilprozeßordnung in dieser Beziehung nicht durch die Kaiserliche Verordnung durchbrochen wäre, würde sonach Verletzung des Lübschen Rechts die Revision begründen.

Weiter, als eben geschehen, wird die Rechtsprechung kaum von dem Satze abgehen dürfen, daß eine Verschiedenheit der Rechtsquellen, durch welche derselbe gesetzgeberische Gedanke an verschiedenen Orten

---

[1]) Auch die Begründung des Entwurfs der Kaiserlichen Verordnung führt Seite 16/17 aus, daß es hier einer ausdrücklichen Vorschrift nicht bedürfe, um die Revisibilität zu begründen.

zur Rechtsnorm geworden ist, bewirkt, daß die Rechtsnormen trotz der materiellen Uebereinstimmung als verschiedene anzusehen sind. Die Rechtsprechung wird sich hin und wieder versucht fühlen, diese Grenze nicht festzuhalten. Wenn die Gesetzgebung desselben Landes, ohne das bereits in einem Landestheile geltende Recht als solches in einen anderen Landestheil einzuführen, die dort geltende Bestimmung dem Sinne nach übereinstimmend hier zum Gesetze macht, oder gar mit denselben Worten, in welche das für einen Bezirk geltende Recht gekleidet ist, einen Rechtssatz für einen andern Bezirk oder in selbständigen Gesetzen gleichzeitig für mehrere Bezirke begründet, wird man versucht sein, eine Identität anzunehmen.[1]) Die Rechtsprechung möchte jedoch hiermit auf eine schiefe Ebene gelangen, bei der jede feste Grenze sich verwischen würde. Man müßte nothgedrungen weitergehen und auch davon absehen, daß die verschiedenen Gesetze aus derselben rechtsbildenden Quelle geflossen seien. Warum sollte man die bewußte Annahme des Inhalts gemeinrechtlicher Normen in einer partikularen Gesetzgebung anders behandeln als die bewußte Uebertragung des Inhalts einer preußischen Rechtsnorm auf eine andere preußische Provinz. Die selbständige Formulirung des Gedankens ist das entscheidende, und man bleibt nur dann auf sicherem Boden, wenn man daran festhält, daß ein gesetzgeberischer Gedanke, der selbständig formulirt worden, im Verhältniß zu den konformen, vielleicht in wörtlicher Uebereinstimmung selbständig formulirten Gedanken eines anderen Gesetzes oder einer andern Rechtsquelle als etwas Verschiedenes angesehen werden muß.

An den oben besprochenen Satz des § 511 der Civilprozeßordnung, daß nur auf die Verletzung solcher Gesetze, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, die Revision gestützt werden könne, knüpft sich die weitere Frage, ob

[1]) Mannigfache Beispiele sind aus der preußischen Gesetzgebung zu entnehmen: z. B. das Gesetz vom 31. März 1838 wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen im Verhältniß zu dem denselben Gegenstand behandelnden Gesetze vom 8. Juli 1845 für die gemeinrechtlichen Landestheile, und § 2 Nr. 5 des erstgedachten Gesetzes im Vergleich mit § 7 des Gesetzes über das Grundbuchwesen im Jadegebiete vom 23. März 1873, § 30 Abs. 2 des Gesetzes über das Grundbuchwesen in Schleswig-Holstein vom 27. Mai 1873, § 9 Abs. 2 des Gesetzes über das Grundbuchwesen in Hannover vom 28. Mai 1873, § 7 Abs. 2 des Gesetzes über das Grundbuchwesen im Bezirke des Appellationsgerichts zu Kassel vom 29. Mai 1873.

hierdurch eine Befassung des Reichsgerichts mit denjenigen Rechtsnormen ausgeschlossen sei, welche als früher in dem Bezirke des Berufungsgerichts geltendes, jetzt aber aufgehobenes Recht zur Anwendung zu bringen waren. Ohne nähere Ausführung geht die Begründung des Entwurfs der Kaiserlichen Verordnung von der Auffassung aus, daß an und für sich auch die Verletzung einer aufgehobenen Rechtsnorm dazu geeignet sei, daß darauf die Revision gestützt werde. Auf Seite 11 der Begründung wird lediglich erörtert, inwieweit es wünschenswerth sei, die Revisibilität des aufgehobenen Rechts ausdrücklich auszuschließen. In der That hat ein früher in Geltung gewesener Rechtssatz, soweit er nach den Grundsätzen von der Kollision der Gesetze ratione temporis auch jetzt noch anzuwenden ist, als eine immer noch im Bezirke des Gerichts wirksame Norm Kraft und Bedeutung. Die Aufhebung eines Gesetzes beseitigt die Geltung desselben regelmäßig nur für das spätere Rechtsleben; insofern dagegen frühere Gestaltungen des Lebens sich unter der Herrschaft des alten Rechts entwickelt haben, ist diese Entwickelung vom Richter als in fortdauernder Geltung anzuerkennen. Man wird hiernach das Recht der Vergangenheit durch die Fassung des § 511 nicht als der Judikatur des Reichsgerichts entzogen ansehen können, soweit nicht der neue Rechtszustand ein solcher ist, daß jedes Zurückgehen auf das ältere Recht ausgeschlossen ist.

Einem Mißverständnisse des § 511 der Civilprozeßordnung und des § 6 des Einführungsgesetzes zu diesem Gesetze ist schließlich noch entgegen zu treten, obgleich kaum zu besorgen ist, daß dasselbe dem klaren Wortlaute und Zusammenhange jener Vorschriften gegenüber Verbreitung finden möchte. Von Kraewel geht in einem „die Autorität des deutschen Reichsgerichts“ überschriebenen Aufsatze[1]) davon aus, daß durch jene Bestimmungen die Zulässigkeit der Revision und die Zuständigkeit des Reichsgerichts in der Revisionsinstanz begrenzt werde. Er nimmt also an, die Revisionsinstanz könne nicht beschritten werden, wenn dem Berufungsrichter nur die Verletzung einer partikulären Norm von beschränktem Geltungsgebiete zur Last gelegt werde. Der Anwalt habe es dann freilich, so führt er weiter aus, in seiner Gewalt, neben Verletzung des partikularen Rechts auch Verletzung irgend einer allgemeinen Rechtsnorm zu behaupten; sei

[1]) Bei Busch: Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. I. S. 163 ff.

dies geschehen, so werde das Reichsgericht trotz des § 511 zuständig und werde dann über alle streitigen Fragen, namentlich also auch über das Partikularrecht entscheiden müssen. Gründlicher läßt sich Inhalt und Absicht der einschlagenden Vorschriften kaum verkennen. Die Revision ist ein Rechtsmittel, dessen Zulässigkeit von einer bestimmten Art der Rechtfertigung nicht abhängt. Der § 511 handelt davon, wann die an sich zulässige Revision als begründet angesehen werde, wann sie als unbegründet zurückgewiesen werden soll. Im § 525 endlich wird über alle Zweifel deutlich ausgesprochen, daß der Revisionsrichter nie befugt ist, von der in der Streitsache angenommenen Ansicht des Berufungsgerichts über das Bestehen und den Inhalt des partikularen Rechts abzuweichen.

Die Kaiserliche Verordnung vom 28. September 1879, zu welcher sich diese Erörterung jetzt zu wenden hat, ist dem Plane, alle diejenigen Rechtsnormen, deren Verletzung die Revision nicht begründen soll, obgleich sich ihr Geltungsbereich über den Bezirk des Berufungsgerichts erstreckt, speziell aufzuzählen, nicht treu geblieben. Man ist von dem früher vorgezeichneten Wege abgegangen, weil sich bei der Untersuchung, welche Rechtsnormen in den verschiedenen deutschen Oberlandesgerichtsbezirken in Geltung stehen und ob und inwiefern dieselben Rechtsnormen auch außerhalb dieses Bezirkes Gesetzeskraft haben, über alle in Betracht kommenden Einzelheiten volle Sicherheit nicht gewinnen ließ.

„Mehrfach,“ so sagt die Begründung Seite 7, „ist in den von Appellationsgerichten an die Landesregierung erstatteten Berichten eine Aufzählung der in ihren Bezirken geltenden Partikularrechtsnormen geradezu für unausführbar erklärt, nicht bloß, weil die Gerichte außer Stande seien, eine Garantie für die Vollständigkeit eines solchen Verzeichnisses zu übernehmen, sondern auch, weil vielfach gerade die Frage, ob eine spezielle Norm überhaupt zu den noch geltenden gehöre, Gegenstand intrikaten Streits oder großen Zweifels wäre, über welchen zu entscheiden nicht wohl Sache der Kaiserlichen Verordnung sein könne.

In demselben oder in noch stärkerem Maße bestehen häufig Zweifel bei der Beantwortung der Frage, ob gerade dasselbe Gesetz noch außerhalb eines nachgewiesenen Geltungsgebiets in Geltung stehe. In vielen Fällen würden hierzu umfangreiche rechtsgeschichtliche Untersuchungen erforderlich sein, ohne daß die Unanfechtbarkeit

des gewonnenen Ergebnisses sicher stände. Wie groß die Zahl der zu berücksichtigenden partikularen Rechtsnormen ist, läßt sich aus dem Umstande ersehen, daß im preußischen Justizministerium ohne den Anspruch auf Vollständigkeit ein Verzeichniß von 232 partikulären Gesetzen aufgestellt ist, welche innerhalb des preußischen Staates Geltung haben."

Nur für Bayern hat man, wie weiter unten näher darzulegen sein wird, an dem Satze des § 511 der Civilprozeßordnung mit ganz speziellen Ausnahmebestimmungen festgehalten. Im Uebrigen ist ein äußeres Merkmal gesucht worden, durch welches der Kreis der Gesetze, welche die Revision begründen sollen, generell soweit eingeengt wird, daß von besonderen Aufzählungen Abstand genommen werden konnte. Bezüglich der Gesetze des gemeinen Rechts geht hierbei die Kaiserliche Verordnung davon aus, daß sich eine Begrenzung, durch welche gemeinrechtliche Bestimmungen wegen ihres geringen Geltungsgebietes von der Revisionsinstanz ausgeschlossen würden, nicht rechtfertigen möchte. Dasselbe gilt von dem französischen Rechte, soweit dasselbe in den vor 1815 der französischen Gesetzgebung unterworfen gewesenen deutschen Gebieten zur Geltung gelangt ist. Abgesehen vom gemeinen und französischen Recht aber soll nach § 1 der Verordnung nur die Verletzung solcher Gesetze, welche einmal, wie § 511 der Civilprozeßordnung besagt, „über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus", zweitens aber, wie in der Verordnung beigefügt wird, „für den ganzen Umfang mindestens zweier deutscher Bundesstaaten oder zweier Provinzen Preußens oder einer preußischen Provinz und eines anderen Bundesstaats Geltung erlangt haben", die Revision begründen.

In ihrem praktischen Resultate läßt diese Bestimmung neben dem, was gewöhnlich zum gemeinen Rechte gezählt zu werden pflegt, obgleich an dieser Zugehörigkeit Zweifel erhoben werden können, im Wesentlichen nur dem preußischen Allgemeinen Landrecht und denjenigen preußischen Gesetzen, welche für das ganze Gebiet zweier preußischer Provinzen in Geltung getreten sind, die Kraft, die Revision zu begründen. „Wenn die gezogene Grenze," so sagt die Begründung auf Seite 9, „auf den ersten Blick als eine willkürliche erscheint, so wird eine nähere Prüfung doch ergeben, daß dieselbe ausreicht, die Befassung des Reichsgerichts mit eigentlich partikularrechtlichen Normen auszuschließen, zu deren Beurtheilung die

Oberlandesgerichte besser befähigt sein werden als das Reichsgericht."

Von einer Rechtsnorm, die für das ganze Gebiet mehrerer deutscher Staaten oder für einen Bundesstaat und eine ganze preußische Provinz Geltung erlangt hat, wird kaum anders die Rede sein, als wenn ein Gewohnheitsrecht für ein größeres Gebiet in Kraft getreten ist. Im Hinblick auf das sogenannte gemeine deutsche Privatrecht führten schon die Motive der Civilprozeßordnung[1]) aus, daß es zweifelhaft sei, ob man dieses Recht als „gemeines deutsches" bezeichnen könne, da sich die rechtliche Existenz eines solchen bestreiten lasse und die Geltung desselben nach Grund und Umfang sich in den verschiedenen Staaten verschieden ausgebildet habe. Jedenfalls giebt es Rechtsnormen, die, deutschrechtlichen Anschauungen entstammend, kraft desselben sich bildenden Gewohnheitsrechts für ein größeres Gebiet Geltung erlangt haben, und bezüglich deren nunmehr durch die Bestimmung des § 1 der Verordnung gesichert ist, daß sich das Reichsgericht mit ihnen zu befassen haben wird. Beispielsweise weist die Begründung des Verordnungsentwurfs auf die deutschrechtlichen Bestimmungen über Reallasten hin.[2])

In erheblichen Theilen des nördlichen und des mittleren Deutschlands hat das auf dem Sachsenspiegel und dem sächsischen Weichbild beruhende „gemeine Sachsenrecht" lange Zeit geradezu die Stellung des gemeinen Rechts eingenommen, und die behufs der Entscheidung streitiger Fragen unter Kurfürst August im Jahre 1572 ergangenen kursächsischen Konstitutionen fanden weit über die Grenzen des Kurfürstenthums Sachsen Beachtung und Befolgung. Zur Zeit ist das Geltungsgebiet des „gemeinen Sachsenrechts" erheblich eingeengt. Indessen gilt dasselbe noch außer in Theilen von Anhalt und in verschiedenen preußischen Provinztheilen in mehreren thüringischen Staaten und zwar anscheinend im ganzen Gebiete derselben, z. B. in den beiden Schwarzburg. Da nun Schwarzburg-Rudolstadt zu dem Bezirke des gemeinsamen Oberlandesgerichts Jena, Schwarzburg-Sondershausen dagegen zum Bezirke des Oberlandesgerichts Naumburg gehört, so möchte hier ein Fall vorliegen, in welchem auch für Normen des geschriebenen Rechts die Revisibilität daraus herzuleiten

---

[1]) Begründung der Civilprozeßordnung S. 320.

[2]) Bundesrathsvorlage S. 9.

ist, daß dieselben über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus im ganzen Gebiete zweier Bundesstaaten Geltung haben.[1])

Die in Folge gemeinsamer Vereinbarung von den sämmtlichen deutschen Staaten landesgesetzlich eingeführten größeren Gesetze: die Allgemeine deutsche Wechselordnung und das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch haben sich zu Reichsgesetzen entwickelt. Die dem Bundesbeschlusse vom 9. November 1837 entsprechend zum Schutze des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums erlassenen Gesetze sind durch die Reichsgesetzgebung antiquirt. Daß sonst die Gesetzgebung eines deutschen Staats ausdrücklich ein in einem anderen deutschen Staate geltendes Gesetz in ihren Bereich eingeführt hätte, wird kaum in anderer Weise als im Zusammenhange mit Vertragsverhältnissen vorgekommen sein.[2]) Staatsverträge, welche zwischen deutschen Staaten geschlossen werden, sind jedenfalls geeignet, einheitliches Recht mehrerer Staaten zu begründen. Ueber das Maß einzelner Fälle hinaus steht die Gesetzgebung der beiden Großherzogthümer Mecklenburg verfassungsmäßig in einem organischen Zusammenhange, kraft dessen die in beiden Großherzogthümern in Kraft tretenden übereinstimmenden Gesetze als identisch angesehen werden müssen. Diese Gesetze fallen aber nach dem ausdrücklichen Wortlaute des § 1 nicht in den Kreis derjenigen, deren Verletzung die Revision begründen soll, da dieselben, wenn auch für den ganzen Umfang zweier Bundesstaaten, doch nicht „über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus“ Geltung haben. Für das Gebiet beider Mecklenburg bildet dasselbe Oberlandesgericht (zu Rostock) die Berufungsinstanz.[3])

---

[1]) Vgl. über das gemeine Sachsenrecht Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I. S. 273, II. S. 4. S. 371 ff.

[2]) Ein Beispiel bietet in Folge des Staatsvertrages vom 18. Juli 1867 die Gesetzgebung der Fürstenthümer Waldeck und Pyrmont; vgl. insbesondere das Gesetz betreffend die Einführung des preußischen allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 in die Fürstenthümer Waldeck und Pyrmont vom 1. Januar 1869 (Preuß. Ges. Samml. S. 78). Das Gesetz betreffend die Einführung der Königl. preuß. Verordnung vom 13. Mai 1867 betreffend die Ablösung der Servituten, die Theilung der Gemeinschaften und die Zusammenlegung der Grundstücke für das vormalige Kurfürstenthum Hessen in die Fürstenthümer Waldeck und Pyrmont vom 25. Januar 1869 (Pr. G.S. S. 29) begründet die Revision nicht, da das eingeführte Gesetz nur in einem Theile der Provinz Hessen-Nassau Geltung hat.

[3]) Vgl. die Begründung des Verordnungsentwurfs S. 9. 10.

Neben der Bestimmung des § 1, nach welcher die Verletzung von Rechtsnormen die Revision nicht begründen soll, wenn dieselben über den Bezirk des Berufungsgerichts zwar hinaus, aber nur eine sporadische Geltung haben, stellt der § 3 der Kaiserlichen Verordnung eine Vorschrift, die den Kreis der die Revision begründenden Gesetze noch weiter einschränkt; die Gesetze des Lehnrechts werden schlechthin als solche bezeichnet, auf deren Verletzung die Revision nicht gestützt werden könne. Man wird nicht ohne Gewicht gegen diese Beschränkung der reichsgerichtlichen Judikatur einwenden, daß es sich bei der Anwendung lehnrechtlicher Vorschriften regelmäßig um so erhebliche Objekte handelt, daß die Einwirkung des höchsten Gerichts hätte begünstigt werden sollen. Andererseits wird man jedoch der Begründung des Entwurfs der Kaiserlichen Verordnung[1]) dahin zustimmen müssen, daß das Lehnrecht ein Rechtsgebiet ist, welches nicht mehr als entwickelungsfähig bezeichnet werden kann, das vielmehr überall antiquirt oder im Absterben begriffen ist. Wenn also für die Einwirkung des Reichsgerichts daran festzuhalten war, daß das höchste Gericht mit solchen Rechtsnormen nicht zu befassen ist, deren einheitliche Erhaltung oder Entwickelung nicht länger als Bedürfniß anerkannt werden muß, so wird sich der Ausschluß des Lehnrechts rechtfertigen.

Eine andere Einschränkung der Revisibilität auf Grund des Inhalts der Rechtsnormen (§ 4 der Kaiserlichen Verordnung) bezieht sich nur auf das französische Recht. Unter den französischen Gesetzen, welche wie in Elsaß-Lothringen noch in anderen deutschen Staaten Geltung erhalten hatten und zum Theil noch jetzt in Geltung stehen, finden sich die Gesetze über das Enregistrement, den Stempel, die Hypotheken-, Transskriptions- und Gerichtsschreibereigebühren (droits de greffe), sowie über ähnliche von der Enregistrements-Verwaltung zu erhebende Gefälle. „Dieselben sind," wie die Begründung S. 11 mittheilt, „in Elsaß-Lothringen und in ihrem sonstigen Geltungsgebiete durch die spätere Gesetzgebung sowie durch Verordnungen, Instruktionen und Entscheidungen in verschiedener Weise umgestaltet, so daß das zusammenhängende Ganze dieser Gesetzgebung sich in dem einen Lande von dem des anderen Landes wesentlich unterscheidet." Die Verordnung hat es deshalb zweckmäßig befunden,

---

[1]) Ebenda S. 11.

diesen Theil der französischen Gesetzgebung als partikulares Recht der Judikatur des Reichsgerichts zu entziehen.

Die Bestimmungen des gemeinen Rechts und die Gesetze des französischen Rechts werden durch die Vorschrift des § 1 der Kaiserlichen Verordnung nicht berührt. Bezüglich derselben würde also auf Grund des § 511 der Civilprozeßordnung zu untersuchen sein, ob das einzelne Gesetz einen über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus gehenden Geltungsbereich hat. Nicht bloß vom gemeinen Rechte, sondern ebenso von den französischen Gesetzen, die schon vor 1815 in deutschen Territorien zum Recht geworden sind, oder die, wie die Verordnung sich ausdrückt, „in anderen deutschen Ländern außer Elsaß-Lothringen Geltung erlangt haben," steht fest, daß ihr ursprünglicher Geltungsbereich innerhalb des Reichs über den Bezirk eines einzelnen Oberlandesgerichts hinaus gegangen ist. Es wird aber sehr wohl bei der einzelnen Rechtsnorm, die in einem einzelnen Falle zur Anwendung kommt, in Frage gestellt werden können, ob sie zur Zeit noch einen solchen weiter gehenden Geltungsbereich hat. So sind beispielsweise die Vorschriften des römischen Rechts über die Hypothek an Mobilien allmählich auf einen immer engern Geltungsbereich beschränkt worden, und wo die Aufhebung erfolgt ist, sind auch die früher entstandenen Hypotheken in ihrer dinglichen Kraft alterirt. Von der mühsamen und wenig fruchtbaren Erörterung solcher Zweifel über den Geltungsbereich eines Rechtssatzes will § 2 der Verordnung das Reichsgericht entlasten. Die Verletzung der Gesetze des gemeinen Rechts und der Gesetze des französischen Rechts mit der oben angegebenen Beschränkung soll die Revision begründen, auch wenn der Geltungsbereich der einzelnen Bestimmung sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt.

In den Bestimmungen der §§ 1—4 erschöpft sich der allgemeinere Inhalt der Kaiserlichen Verordnung: es schließen sich in den folgenden Paragraphen Vorschriften an, welche nur für einzelne Staaten, d. h. für den Fall Bedeutung haben, wenn ein Oberlandesgericht, welches das Recht dieser Staaten als in seinem Bezirke geltendes Recht anzuwenden hatte, in zweiter Instanz erkannt hat. Im Folgenden soll unter Berücksichtigung dieser Bestimmungen ein Blick auf die verschiedenen Staaten geworfen werden.

1. **Preußen.** Ein Verzeichniß derjenigen preußischen Gesetze aufzustellen, welche außer dem Allgemeinen Landrechte für eine Mehr-

heit von preußischen Provinzen, sei es unter ausdrücklicher Bezeichnung derselben, sei es unter einer Kollektivbezeichnung z. B. für die ganze Monarchie, für das Landrechtsgebiet, für die neuerworbenen Landestheile erlassen worden sind, wäre an der Hand der preußischen Gesetzsammlung keine besonders mühsame, aber da sich für diese Fälle auch in der Praxis keine Zweifel ergeben können, eine unfruchtbare Arbeit. Die Zweifel entstehen erst, insofern einzelnen Bestimmungen dieser Gesetze von vornherein oder durch das Eingreifen späterer Gesetze ein beschränkterer Geltungsbereich angewiesen ist und in soweit umgekehrt einzelne Bestimmungen durch besondere Akte der Gesetzgebung eine erweiterte Anwendbarkeit erhalten haben.

Von besonderer Bedeutung für Preußen wird es sein, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts der oben auf Seite 29 gegebenen Ausführung über das Verhältniß des § 511 der Civilprozeßordnung und also auch des § 1 der Kaiserlichen Verordnung zu den aufgehobenen Gesetzen, soweit diese für die vor der Aufhebung begründeten Rechtsverhältnisse gelten, sich anschließt. Insbesondere für das ältere in Preußen in Geltung gewesene Hypotheken- und Vormundschaftsrecht ist dies von Bedeutung. „Vielfach und noch auf lange hinaus wird in Rechtsstreitigkeiten die Entscheidung aus den Bestimmungen des älteren Rechts zu geben sein, und es würde unrichtig sein, an Stelle der früher vorhandenen einheitlichen Rechtspflege die Endgültigkeit der Rechtsauffassung der verschiedenen Oberlandesgerichte treten zu lassen." So begründen die Motive des Verordnungsentwurfs S. 11 den Standpunkt des letzteren, daß die Kaiserliche Verordnung nicht alles antiquirte, einer einheitlichen Weiterentwickelung nicht bedürftige Recht von der Judikatur des Reichsgerichts ausdrücklich auszuschließen habe. Gerade die preußische Gesetzgebung giebt einen nicht unerheblichen Anhalt für die Richtigkeit der Ansicht, daß ein Bezirk, in welchem aufgehobene Gesetze noch auf ältere Rechtsverhältnisse Anwendung finden, zu dem „Geltungsbereiche" dieser Gesetze zu rechnen ist. Die preußische Gesetzgebung hat sich mehrfach veranlaßt gesehen, besondere Gesetze zu geben, welche älteren Handlungen Rechtswirkungen beilegen, die nach dem Rechte, unter dessen Herrschaft die Handlung statt fand, nicht begründet waren. Diese neuen Bestimmungen finden ganz in derselben Weise auf jene der Vergangenheit angehörigen Akte Anwendung wie sonst das antiquirte Recht. Wenn z. B. das Edikt

vom 27. Februar 1816 (G.S. S. 122) die zur Zeit der französischen oder westphälischen Herrschaft in nunmehr preußischen Gebietstheilen durch priesterliche Einsegnung vollzogenen Ehen trotz des zur Zeit des Eheschlusses geltenden Rechts, nach welchem zur Ehe die Beobachtung anderer Förmlichkeiten gehörte, nachmals für giltige und rechtswirksame Ehen erklärte, so war diese Bestimmung nur auf die Vergangenheit berechnet und sie wurde geltendes Recht, obgleich sie für das Rechtsleben der folgenden Zeit ohne Bedeutung war.

Ausgeschlossen von der Judikatur des Reichsgerichts sind durch § 1 der Kaiserlichen Verordnung insbesondere für das Gebiet des Allgemeinen Landrechts alle Provinzialgesetze, Statuten, Gewohnheitsrechte und Observanzen, welche nach Maßgabe der Einführungsgesetze zum Allgemeinen Landrechte in den verschiedenen Provinzen als dem Landrechte vorgehendes Recht aufrecht erhalten wurden, gleichviel ob dieselben nachher in Gesetzesform als Provinzialrechte redigirt sind oder nicht. Unter den eben angegebenen Gesichtspunkt fällt nicht das gemeine Recht, in soweit es nach dem Patente vom 21. Juni 1825 (G.S. S. 153) bei Einführung des Landrechts in das Herzogthum Westphalen, das Fürstenthum Siegen und die Grafschaften Wittgenstein-Wittgenstein und Wittgenstein-Berleburg unter Ausschluß der Anwendung des Landrechts für bestimmte Materien in fortdauernder Geltung erhalten ist. Für die danach anzuwendenden Normen des gemeinen Rechts gilt der Grundsatz der Revisibilität. Mit ausdrücklichen Worten bestimmt dagegen § 5 der Kaiserlichen Verordnung, daß die Revision auf Verletzung derjenigen in der Mark Brandenburg geltenden Gesetze, welche durch das Publikationspatent vom 5. Februar 1794 als Vorschriften der bisherigen subsidiarischen Rechte aufrecht erhalten sind, nicht gestützt werden könne. Es sind dies die nach VII des gedachten Publikationspatents aufrecht erhaltenen Bestimmungen des gemeinen Rechts, welche an Stelle derjenigen Bestimmungen der drei ersten Titel des zweiten Theils des Allg. Landrechts, die das gerade Gegentheil eines klaren und unstreitig rezipirt gewesenen römischen oder anderen fremden Gesetzes enthalten, in Geltung bleiben sollten. Die Begründung des Verordnungsentwurfs (S. 12) erläutert die Versagung der Revision gegen Handhabung dieser Gesetze durch das Gericht zweiter Instanz mit folgenden Worten: „Jene Bestimmungen des Publikationspatents sind in der Rechtsprechung nach ihrem Wort-

laute dauernd dahin aufgefaßt worden, daß dabei auf den Standpunkt des gemeinen Rechts in der Mark zur Zeit des Jahres 1794 zurückzugehen ist. Die durch das Publikationspatent an Stelle des Allgemeinen Landrechts aufrecht erhaltenen subsidiarischen Gesetze haben hiernach den Karakter des Sonderrechts für einen bestimmten Bezirk angenommen, welchem die einheitliche Entwickelung und die einheitliche Pflege des gemeinen Rechts durch das Reichsgericht Abbruch thun würde. Denn da bei der stattgehabten lebhaften Entwickelung des gemeinen Rechts einerseits damals streitige Materien inzwischen endgültig entschieden, andererseits auch viele damals unbestrittene Sätze neuerdings in Zweifel gezogen oder sogar in direkt entgegengesetztem Sinne festgestellt sind, so könnte gerade die Vertrautheit mit dem jetzt geltenden gemeinen Rechte unwillkürlich zu einer nicht zutreffenden Entscheidung bezüglich des in der Mark anzuwendenden Rechts führen."

Zu den Statuten, die, wie oben erwähnt, für das Gebiet des Allgemeinen Landrechts der Judikatur der dritten Instanz entzogen worden, gehören insbesondere die Stadtrechte: dieselben werden auch außerhalb des Geltungsbereichs des Allgemeinen Landrechts die Revision nirgend begründen. Vor allen anderen kommt hierbei das in verschiedenen Theilen des preußischen Staats und ebenso außerhalb Preußens für eine große Anzahl von Städten geltende Lübsche Recht in Betracht. Schon die Motive der Civilprozeßordnung (S. 321) deuten an, daß bezüglich des Lübschen Rechts ein Bedürfniß nach Einheit des Rechts und der Rechtspflege nicht bestehe. Zwar wird eine Mehrheit von Oberlandesgerichten mit der Beurtheilung der lübischrechtlichen Bestimmungen befaßt sein; wenn aber auch die Entscheidungen auseinander gehen, so wird dies regelmäßig der besonderen Ausbildung entsprechen, welche das lübsche Recht in einzelnen Städten oder Städtegruppen erhalten hat. Sogar für denselben Oberlandesgerichts-Bezirk wird die Rechtsprechung dies zu beachten haben, wie denn z. B. das, was als lübsches Recht in altpommerschen Städten angewendet wird, in vielen Beziehungen dem nicht entspricht, was in den vorpommerschen Städten als lübsches Recht angesehen und in der Rechtsprechung dauernd zur Geltung gebracht ist.

Für die gemeinrechtlichen Landestheile Preußens haben denselben Karakter, wie die im Gebiete des Landrechts in Kraft ge-

bliebenen Provinzialrechte, diejenigen gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Bestimmungen, welche aus der Zeit vor der Vereinigung mit der preußischen Monarchie als dem gemeinen Rechte vorgehendes Sonderrecht in Geltung stehen. Alle diese Bestimmungen — von dem gemeinen Sachsenrechte, welches oben besprochen wurde, abgesehen — gelten innerhalb Preußens höchstens im ganzen Umfange einer Provinz und nur in' Folge zufälliger Grenzregulirungen auch in Theilen einer anderen Provinz oder zwar auch in einzelnen anderen Bundesstaaten, aber nicht in einer ganzen preußischen Provinz. Es wird also die Befassung des Reichsgerichts mit allen diesen Rechtsvorschriften ausgeschlossen sein.

Zweifel erregen wird das in einem Theile der Provinz Schleswig-Holstein subsidiär anzuwendende Recht, als welches der dortige Gerichtsgebrauch das gemeine Recht, aber nur in soweit bezeichnet, „als dasselbe in der natürlichen Billigkeit begründet ist.“ Es scheint hier dem gemeinen Rechte in ähnlicher Weise, wie für die Mark Brandenburg durch die Festhaltung des Rechtsstandes vom Jahre 1794 geschehen ist, der Karakter eines Sonderrechts aufgeprägt zu sein.[1]) Auch wenn der einzelne gemeinrechtliche Satz unverändert zur Anwendung kommt, wird derselbe als „in der Natur der Sache begründet,“ also auf Grund einer anderen Quelle der Rechtsbildung, als derjenigen, auf der sonst die Geltung des gemeinen Rechts beruht, dem Urtheile zu Grunde gelegt. Indessen wird es immerhin als zweifelhaft zu bezeichnen sein, ob nicht auch hier wirkliches gemeines Recht vorliegt, und muß die Lösung dieses Zweifels von der Rechtsprechung des Reichsgerichts erwartet werden.

Einer besondern Beachtung bedarf endlich der Umstand, daß in der Zeit von 1824 bis zur Durchführung des Gesetzes vom 19. März 1877 (G.S. S. 107) die preußischen Provinzen Ost- und Westpreußen eine einheitliche Provinz gebildet haben. Die damals für den ganzen Umfang der Provinz Preußen erlassenen Gesetze sind zur Zeit im ganzen Umfange zweier preußischer Pro-

[1]) Die fürstliche Kanzeleiordnung vom 4. August 1708 untersagt für das Herzogthum Schleswig geradezu die Allegationen aus den Sachsen- und anderen fremden Rechten und deren commentatorium. Vgl. Falck, Schleswig-Holsteinisches Privatrecht I. S. 132.

vinzen in Kraft; die Verletzung derselben wird also die Revision begründen.[1])

2. Bayern. Soweit die Revision von den Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Bayern an das bayerische oberste Landesgericht geht, bleibt nach § 6 der Kaiserlichen Verordnung der § 1 derselben außer Anwendung; es bewendet also bei der Regel des § 511 der Civilprozeßordnung; die Revision kann gegründet werden auf die Verletzung jedes in dem Oberlandesgerichtsbezirk in Geltung stehenden Rechtssatzes, wenn derselbe innerhalb oder außerhalb Bayerns im Reiche ein weiteres Geltungsgebiet hat. Ganz bestimmte Gesetze werden aufgezählt, die ausnahmsweise nicht geeignet sein sollen, die Revision zu stützen. Die Begründung des Verordnungsentwurfs sagt erläuternd Seite 12:

„Das Königreich Bayern wird in eine Mehrheit von Oberlandesgerichtsbezirken zerfallen. Um demgegenüber bezüglich des über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus in Geltung stehenden Rechts die einheitliche Rechtsentwickelung zu sichern, hat die Gesetzgebung des Königreichs von dem Vorbehalte des § 8 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze Gebrauch gemacht und die Verhandlung und Entscheidung der zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehörigen Revisionen und Beschwerden in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten einem „Obersten Landesgericht" zugewiesen. Die Königlich bayerische Regierung legt allen in Bayern geltenden Rechten, deren Geltungsbereich sich in mehrere bayerische Oberlandesgerichtsbezirke erstreckt, theils nach ihrer inneren Beschaffenheit, theils wegen der räumlichen Ausdehnung ihres Geltungsbereichs eine so große Bedeutung bei, daß das Bedürfniß gegeben erscheine, durch Gewährung der Revisionsinstanz beim obersten Landesgerichte die Rechtseinheit zu wahren."

Zur Klarstellung des Gegensatzes fügt die Begründung auf Seite 13 hinzu:

---

[1]) Gesetze dieser Art sind die Allerhöchste Ordre vom 8. August 1837 (Jahrb. 50 S. 82), die Verordnung vom 30. November 1840, die Landschulen der Provinz Preußen betreffend (G.S. 1841 S. 11), die Fischereiordnung vom 7. März 1845 (G.S. S. 114), die Elementarschulordnung vom 11. Dezember 1845 (G.S. 1846 S. 1), die Verordnung vom 24. August 1864 betreffend den Emeritenfonds der Provinz Preußen (G.S. S. 563) und die Verordnung vom 11. Mai 1877 betreffend die Ausführung des Fischereigesetzes in der Provinz Preußen (G.S. S. 141).

„Soweit nach § 8 Absatz 2 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze die Revision dem Reichsgerichte vorbehalten ist, also zur Zeit in den zur Zuständigkeit des Reichs-Oberhandelsgerichts gehörigen Sachen, können Fälle, in denen die Revision auf landesgesetzliche Bestimmungen der vorgedachten Art gestützt werden sollte, nur vereinzelt vorkommen. Da regelmäßig Sachen des bayerischen Partikularrechts nicht an das Reichsgericht gelangen, kann bei der Zusammensetzung des Reichsgerichts auf nähere Kenntniß der nicht geringen Anzahl der in Rede stehenden Rechte kein Gewicht gelegt werden. Es wird deshalb nicht als zweckmäßig oder auch nur als zulässig anerkannt werden können, daß vorkommenden Falls die an das Reichsgericht gerichtete Revision auf Verletzung dieser Gesetze gestützt werde. Vielmehr wird es in Sachen dieser Art bei der Auffassung bewenden müssen, welche im einzelnen Falle das Oberlandesgericht von dem bayerischen Rechte gehabt hat.

Auf diese Weise wird zugleich vermieden, daß aus dem Streben, die Einheit der Rechtspflege zu fördern, eine Einrichtung erwächst, bei welcher zwei höchste Gerichte berufen sind, selbständig in letzter Instanz über die Auslegung desselben Rechts zu befinden, was auf die Dauer nicht wohl ohne widersprechende Entscheidungen geschehen könnte."

Durch die eben wiedergegebenen Ausführungen wird nicht ausgeschlossen, daß die Revision, soweit sie beim Reichsgericht gegen die Entscheidungen bayerischer Oberlandesgerichte eingelegt wird, gegründet werden kann auf die unrichtige Anwendung der in Theilen Bayerns geltenden Bestimmungen des gemeinen und französischen Rechts oder des Preußischen Allgemeinen Landrechts, weil diese Gesetze nach §§ 1 u. 2 der Kaiserlichen Verordnung die Revision an das Reichsgericht begründen.

Nicht außer Anwendung gesetzt sind bezüglich der bei dem Obersten Landesgericht eingelegten Revisionen die Bestimmungen der §§ 2—4 der Kaiserlichen Verordnung; insbesondere wird also auf Verletzung der Gesetze des Lehnrechts und auf Verletzung der im § 4 bezeichneten französischen Gesetze die Revision nicht gestützt werden können. Im Uebrigen ist es in der That ein reiches Feld partikularer Rechtsbildungen, auf welches das „Oberste Landesgericht" seine Thätigkeit, neben den neueren für mehrere Oberlandes-

gerichtsbezirke geltenden bayerischen Gesetzen und neben dem gemeinen Rechte, den französischen Gesetzen, die in der Pfalz gelten, und dem preußischen Allgemeinen Landrecht zu richten haben wird. Innerhalb Bayerns gelten [1]) für Bruchtheile mehrerer Oberlandesgerichtsbezirke soweit nicht die Abgrenzung derselben von der der früheren Berufungsgerichte abweicht, was aber jedenfalls nur von geringem Einfluß sein kann, als Gesetze, welche Materien aus dem gesammten bürgerlichen Recht umfassen, das bayerische Landrecht, das württembergische Landrecht, das österreichische bürgerliche Gesetzbuch und das Nürnberger Stadtrecht; als Gesetze, welche größere Theile des bürgerlichen Rechts betreffen: das bamberger Recht, das würzburger Recht, das ansbacher Recht, das bayreuther Recht, das nördlinger Recht und das castellsche Recht; endlich als Gesetze über einzelne Gegenstände des bürgerlichen Rechts die oberpfälzischen Statuten, das hochstiftlich augsburgische Recht, das eichstädtische Recht, das deutsche Ordensrecht, das öttingensche, pappenheimsche und schwarzenberger Recht. Hierzu kommt, obgleich nur in einem bayerischen Bezirke geltend, wegen seiner Geltung außerhalb Bayerns das mainzer Landrecht. Den nur in einem bayerischen Bezirke, aber zugleich außerhalb Bayerns geltenden Gesetzen des koburger Landrechts, des Rechts des Bisthums Fulda, des Gräflich erbachschen Landrechts, des Rechts der Grafschaft Solms und des Rechts des Fürstenthums Liebenstein wird durch ausdrückliche Bestimmung des § 6 die Revisibilität entzogen.

3. Württemberg. Die Kaiserliche Verordnung enthält keine Sonderbestimmungen bezüglich des württembergischen Rechts. Der § 1 derselben schließt, da das partikulare Recht Württembergs außerhalb des Königreichs nur ganz sporadische Geltung hat, aus, daß die Revision auf Verletzung württembergischen Rechts gegründet werde. „Das Königreich Württemberg," so sagen die Motive Seite 10, „bildet einen einzigen Oberlandesgerichtsbezirk. Trotzdem würden die Bestimmungen des älteren württembergischen Rechts, weil dasselbe gegenwärtig noch in einigen Gebietstheilen Bayerns in Geltung steht,[2]) nach der Regel des § 511 der Civilprozeß-

[1]) Vgl. die Uebersicht der im Königreich Bayern bestehenden Rechte, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Berufungsgerichts hinaus erstreckt, in den Verhandlungen der Justizkommission des Reichstags über das Gerichtsverfassungsgesetz. Protokolle S. 452.

[2]) In Bayern ist es deshalb für das oberste Landesgericht revisibel. Vgl. oben.

ordnung die Revision begründen. Da aber die Revision nur für Württemberg an das Reichsgericht, für Bayern dagegen an das oberste Landesgericht für Bayern gehen würde, so würde die Anerkennung des württembergischen Rechts als die Revision begründend dennoch zu einer einheitlichen Rechtsprechung nicht führen. Für die Wahrung der Einheit des in Württemberg geltenden Rechts genügt die Einheit des württembergischen Oberlandesgerichts."

So richtig dies ist, so wird das Reichsgericht doch durch den Ausschluß des württembergischen Partikularrechts von seiner Rechtsprechung sich nicht selten in eine schwierige Lage gebracht und vor schwer zu lösenden Aufgaben finden. Es handelt sich — von der sonstigen Gesetzgebung Württembergs abgesehen — um das württembergische Landrecht vom 1. Juni 1610, die zweite Revision des Landrechts vom 6. Mai 1555.[1]) Bereits in den Verhandlungen der Reichstags-Justizkommission sind lebhafte Wünsche dahin laut geworden, daß dieses als Kodifikation des gemeinen Rechts anzusehende Recht nicht losgelöst werde von der Entwickelung des gemeinen Rechts in der Judikatur des Reichsgerichts.[2]) In der That bildet die Grundlage des württembergischen Landrechts nach dem, was der Herzog in der Vorrede der Revision von 1610 ausspricht,[3]) und nach den wirklich benutzten Quellen[4]) das gemeine Recht. Dabei hat man aber nicht die Absicht gehabt, ein vollständiges Gesetzbuch zu machen,[5]) und das Landrecht verweist selbst zur Ausfüllung seiner Lücken nicht selten ausdrücklich auf das römische Recht oder auf einzelne Sätze desselben. Insoweit hiernach das gemeine Recht selbst zur Anwendung zu bringen ist, wird es gestattet sein, die Verletzung desselben zur ausreichenden Grundlage der Revision an das Reichsgericht zu machen, während nahe zusammenhängende auf der Grundlage des gemeinen Rechts formulirte Bestimmungen bezüglich der richtigen Auffassung dem Eingriffe des Reichsgerichts entzogen sein werden. Das württembergische Landrecht ist aber nicht das einzige der älteren partikularrechtlichen Gesetze, das in der

---

[1]) Ueber die Entstehungsgeschichte desselben vgl. Wächter, Württembergisches Privatrecht, I. S. 189 ff.

[2]) Protokolle betreffend die Berathung der Civilprozeßordnung S. 626, 629.

[3]) Vgl. Wächter a. a. O. S. 353.

[4]) Wächter a. a. O. S. 242. S. 231 ff.

[5]) Wächter a. a. O. S. 348.

angegebenen Weise auf gemeinrechtlicher Grundlage beruht, nur daß in anderen Fällen das geringere oder weniger zusammenhängende Geltungsgebiet die Unzulässigkeit der Befassung des Reichsgerichts damit deutlicher hervortreten läßt, freilich auch eine Gewähr dafür bietet, daß die Unzuträglichkeit sich seltener zeigen werde. Jedenfalls gilt auch das württembergische Landrecht, soweit es ausdrückliche Bestimmungen enthält, als prinzipales (partikulares) Recht, es drängt das gemeine Recht in die Stellung des subsidiären zurück; und auch da, wo das Landrecht in irriger Auffassung des gemeinen Rechts die Vorschriften desselben in einer bestimmten Auslegung als zu befolgende Norm wiedergiebt, wird sich die zum Gesetz gewordene Auffassung nicht von der Rechtsprechung korrigiren lassen.[1]) Daneben ist das Landrecht durch neuere Gesetze mannigfach modifizirt, und es wird sich hiernach nicht verkennen lassen, daß, wenn die württembergische Regierung Werth darauf legte, die partikularen Bestandtheile des württembergischen Rechts der Entscheidung der Landesgerichte vorzubehalten, dem Reichsgerichte jene Schwierigkeiten nicht erspart werden konnten, denen dasselbe auch bei anderen partikularen Gesetzen sich gegenüber finden wird.

4. Königreich Sachsen. Das Recht desjenigen deutschen Staates, in dessen Gebiete das Reichsgericht seinen Sitz erhalten hat, wird der Judikatur des letzteren entzogen sein. Durch § 1 des Gesetzes über den Sitz des Reichsgerichts vom 11. April 1877 (Reichsgesetzblatt Seite 415) ist der Bundesstaat, in welchem das Reichsgericht seinen Sitz hat, behindert, ein oberstes Landesgericht zur Revisionsinstanz in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu machen. Da aber in dem Königreiche Sachsen nur ein Oberlandesgericht gebildet ist, so fällt das Recht des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches in den Kreis derjenigen Gesetze, deren Geltungsbereich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus geht. Es wird also durch § 511 der Civilprozeßordnung ausgeschlossen, die Revision auf Verletzung einer Norm jenes Gesetzbuchs zu gründen. Ob diese Rechtslage durch eine Ausnahmebestimmung zu ändern, ist bei dem Erlasse der Kaiserlichen Verordnung nicht unerwogen geblieben. Die Motive sagen über die Gesichtspunkte, aus denen man eine Ausnahmebestimmung in Aussicht nehmen könnte, und über die nach der anderen

---

[1]) Wächter a. a. O. S. 1107.

Seite überwiegenden Rücksichten auf Seite 10: „Da die Bestimmungen des Königlich sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs nicht sowohl mit besonderen Eigenthümlichkeiten seines Geltungsgebietes in engerem Zusammenhange stehen, vielmehr ungeachtet ihrer territorial beschränkten Geltung einen allgemeineren Karakter haben, und erhebliche Theile des Gesetzbuches geradezu als hoch beachtenswerthe Kodifikation des gemeinen Rechts bezeichnet werden können, so müßte es von einem allgemeineren Standpunkte aus fraglich erscheinen, ob nicht das Recht des Königreichs Sachsen trotz seines geringen Geltungsgebietes für geeignet zu erklären wäre, der Beurtheilung des Reichsgerichts unterstellt zu werden. Indessen hat die Königlich sächsische Regierung geglaubt, vorwiegend Gewicht darauf legen zu sollen, daß das sächsische Recht bei seiner Geschlossenheit und seinem beschränkten Geltungsbezirke das allgemeine Bedürfniß nach Einheit des Rechts und der Rechtspflege an sich nicht berühre, vielmehr bei den Landesgerichten seine entsprechende Wahrung finde; sie hat sich deshalb dafür ausgesprochen, daß nach ihrem Dafürhalten der Erlaß einer Ausnahmebestimmung in Gemäßheit des § 6 Nr. 2 (des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung) bezüglich des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches nicht zu beantragen sei. Dieser Auffassung der Königlich sächsischen Regierung entgegen zu treten liegt ein hinreichender Anlaß nicht vor, und wurde deshalb Abstand davon genommen, das Königlich sächsische Recht der Judikatur des Reichsgerichts zu unterstellen."

5. Baden. Die Kaiserliche Verordnung löst den in der Begründung des Entwurfs der Civilprozeßordnung S. 321 angedeuteten Zweifel, ob das badische Landrecht für identisch mit dem französischen Code zu erachten sei, oder ob derselbe wegen seiner selbständigen Fassung als ein anderes Gesetz angesehen werden müsse, in der Weise, daß im § 7 ausdrücklich die Verletzung der Gesetze des badischen Landrechts für geeignet erklärt wird, die Revision zu begründen. Dem badischen Landrechte sind eine Reihe damit zusammenhängender älterer Gesetze und bestimmte neuere Gesetze[1]) aus-

[1]) Unter diesen findet sich das Gesetz vom 9. Dezember 1875 zum Vollzuge des Reichspersonenstandsgesetzes. Bezüglich der §§ 14 bis 22 dieses Gesetzes läßt sich der Zweifel erheben, ob sie mit dem Reichsgesetze (insbesondere dessen § 48) vereinbar sind. Die Aufführung des Gesetzes in der Kaiserlichen Verordnung kann selbstverständlich diesem Zweifel nicht präjudiziren.

drücklich gleichgestellt. Generisch werden ferner aufgeführt diejenigen gesetzlichen Vorschriften, „welche bestimmte Vorschriften des Landrechts und jener älteren Gesetze ausdrücklich erläutern, ausdehnen, beschränken, aufheben oder ersetzen.“ Die badische Gesetzgebung weist eine nicht unerhebliche Anzahl von Bestimmungen auf, die zur früheren Gesetzgebung in dem angegebenen ausdrücklich hervorgehobenen Verhältnisse stehen: Durch jene Zusammenfassung ist die Liste der aufzuführenden Gesetze erheblich verkürzt, zugleich ist auch für die Zukunft abgegrenzt, inwieweit die badischen Gesetze ohne neue Kaiserliche Verordnung der Rechtsprechung des Reichsgerichts unterstellt sein sollen. Die Liste der revisibelen Gesetze im § 7 wird auf Grund jener allgemeinen Bestimmung insbesondere durch folgende Gesetze zu ergänzen sein:

a) Verordnung vom 10. Februar 1815 die Aufhebung des Gesetzes Satz 24 des neuen Landrechts betreffend (R.Bl. Nr. 2 S. 5).
b) Justizministerialbekanntmachung einer Gesetzerläuterung zu Landrechtsatz 972 die Verfertigung der Testamente betreffend vom 29. August 1817 (St. u. R.Bl. Nr. 21 S. 79);
c) Verordnung vom 6. Januar 1818 betreffend die eheliche Nutznießung in Gemeinschaftsehen, wenn der absterbende Ehegatte keine Kinder hinterlassen hat (St. u. R.Bl. Nr. 3 S. 17);
d) Verordnung vom 7. Mai 1818 betreffend die öffentlichen letzten Willen eines Tauben (St. u. R.Bl. Nr. 11 S. 68);
e) Allerhöchste Entschließung vom 25. Mai 1818 betreffend den Anfangstermin der bindenden Wirksamkeit des Satzes 1393 und 1395 des Landrechts (St. u. R.Bl. Nr. 14 S. 85);
f) Verordnung vom 9. März 1819 betreffend die elterliche Nutznießung am Vermögen der Kinder, die vor erreichtem 18. Jahre sterben (St. u. R.Bl. Nr. 16 S. 85);
g) Verordnung vom 19. August 1819 betreffend die Erneuerung der Verzugs- und Unterpfandsrechte (St. u. R.Bl. Nr. 23 S. 137);
h) Gesetz vom 25. November 1831 betreffend die ehelichen Vermögensverhältnisse des Adels (St. u. R.Bl. Nr. 30 S. 250);
i) Gesetz vom 22. Juni 1837 betreffend Faustpfandverträge der Amortisationskasse (St. u. R.Bl. Nr. 18 S. 120);
k) Gesetz vom 22. Juni 1837 betreffend Faustpfandverträge über Inhaberpapiere (St. u. R.Bl. Nr. 19 S. 129);

l) Gesetz vom 28. März 1844 betreffend die Darlehen der Eisenbahnschuldentilgungskasse (St. u. R.Bl. Nr. 7 S. 53);
m) Gesetz vom 21. Februar 1851 betreffend die Ernährung unehelicher nicht anerkannter Kinder (R.Bl. Nr. 15 S. 173);
n) Gesetz vom 4. Juni 1864 betreffend den Besitz von Liegenschaften für Ausländer (R.Bl. Nr. 24 S. 237);
o) Gesetz vom 20. Februar 1868 betreffend die Rechtsverhältnisse der Studirenden (R.Bl. Nr. 18 S. 319);
p) Art. 2 des Gesetzes vom 23. Dezember 1871 betreffend den Vollzug des Reichsstrafgesetzbuches in Baden (G. u. V.Bl. Nr. 51 S. 431);
q) Gesetz vom 30. März 1872 betreffend die Faustpfandverträge der Kredit- und Vorschußvereine (G. u. V.Bl. Nr. 19 S. 207);
r) §§ 20 bis 25. § 41, mehrere Säße der §§ 145, 146 des Gesetzes die Einführung der Reichs-Justizgesetze im Großherzogthum Baden betreffend vom 3. März 1879 (G. u. V.Bl. Nr. 10 S. 91).

Die Vorschriften der Kaiserlichen Verordnung über die Begründung der Revision, wenn dieselbe auf Verletzung der badischen Gesetze gegründet wird, modifiziren sich noch durch die Schlußbestimmung des § 7, der für Baden den Satz ausspricht, daß alles am 1. October 1879 antiquirte Recht die Revision nicht begründen solle.

6. Hessen. In der Rechtsprechung des Großherzogthums Hessen würde nach §§ 1, 2 der Kaiserlichen Verordnung nur Verletzung des gemeinen Rechts, der französischen Gesetze und etwaiger gewohnheitsrechtlich in dem durch § 1 bezeichneten Gebiete geltender Normen die Revision begründen. Wegen ihres Zusammenhanges mit Vorschriften des französischen Gesetzbuchs sind im § 8 einige im Rheinhessen geltende Gesetze als solche bezeichnet, auf deren Verletzung die Revision zu stützen sei. Von den Landesrechten, welche in dem diesseits des Rheins belegenen hessischen Gebietstheilen als partikulares dem gemeinen Rechte vorgehendes Recht gelten, wohin insbesondere das mainzer Landrecht, das solmser Landrecht, das pfälzer Landrecht, die catzenellenbogener Landesordnung, das erbacher Landrecht, das fuldaer Recht zu rechnen sind, gilt keines in dem durch § 1 der Kaiserlichen Verordnung bezeichneten Umfange. Die Verletzung der Normen dieser Rechte wird daher regelmäßig die Revision nicht begründen, wenn auch im einzelnen Falle zweifelhaft

sein wird, ob eine in jenen Landesrechten wiedergegebene Vorschrift lediglich als gemeinrechtlich geltend erwähnt, oder ob dieselbe im bestimmten Wortlaute gesetzlich neu angeordnet sein sollte. Auch werden sich hier zuweilen die bezüglich des württembergischen Rechts erwähnten Schwierigkeiten für die Rechtsprechung des Reichsgerichts geltend machen.

7. Oldenburg. Für das Großherzogthum Oldenburg wird die Rechtsprechung des Reichsgerichts kraft der allgemeinen Bestimmungen der Kaiserlichen Verordnung in der im Eingange der vorigen Nummer bezeichneten Weise begrenzt sein, obgleich das Großherzogthum nach der geographischen Lage seiner Bestandtheile dem Gebiete dreier Oberlandesgerichte angehört.

Für zwei im ganzen Großherzogthume geltende Gesetze von öffentlich rechtlicher Bedeutung ist durch ausdrückliche Bestimmung des § 9 die Revisibilität gewahrt. Gleichzeitig wird ausgesprochen, daß durch Verletzung des für das Herzogthum Oldenburg erlassenen Gesetzes vom 3. April 1876, betreffend Eigenthumserwerb an Grundstücken und deren dingliche Belastung, sowie durch Verletzung der für dasselbe Gebiet erlassenen Grundbuchordnung von demselben Tage die Revision begründet werden soll. Zu Grunde liegt dieser Bestimmung die materielle Uebereinstimmung dieser Gesetze mit den entsprechenden preußischen Gesetzen und der Wunsch der großherzoglichen Regierung, eine einheitliche Entwickelung des in Rede stehenden Rechts mit dem preußischen anzubahnen. Die für das Fürstenthum Lübeck unter dem 28. Januar 1879 erlassenen entsprechenden Gesetze betreffend den Eigenthumserwerb an Grundstücken und deren dingliche Belastung sowie die Grundbuchordnung (Gesetzblatt für das Fürstenthum Lübeck Bd. 17 S. 87) sind noch nicht in gleicher Weise der Rechtsprechung des Reichsgerichts unterstellt worden. Voraussichtlich wird in einer späteren Kaiserlichen Verordnung bezüglich dieser Gesetze eine entsprechende Bestimmung ergehen. Denn wenngleich die Kaiserliche Verordnung keineswegs darauf ausgegangen ist, alle Fälle gleich zu behandeln, in denen der materielle Inhalt preußischer Gesetze von einer anderen Gesetzgebung auf das eigene Gebiet übertragen worden, so müssen doch jedenfalls die auf demselben Gebiete des Immobiliarsachenrechts für einen anderen Theil desselben Staates erlassenen Gesetze analog behandelt werden.

8. Die anderen deutschen Bundesstaaten (von dem Reichslande abgesehen) stehen in ihrem Rechte auf dem Boden des gemeinen

Rechts, auf dessen Verletzung im Wesentlichen allein die Revision gegen die landesrechtliche Rechtsprechung zu stützen sein wird.

Nur für Braunschweig und für Hamburg enthält die Kaiserliche Verordnung besondere Bestimmungen, welche den Kreis der die Revision begründenden Gesetze erweitern. Getroffen werden die für Brauschweig am 8. März 1878 erlassenen, den preußischen und oldenburgischen entsprechenden Immobiliargesetze, und für Hamburg Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum deutschen Handelsgesetzbuch vom 22. Dezember 1865, welche gewissen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches allgemeine Bedeutung beilegen.[1]) In Frage hätte kommen können, ob nicht die Immobiliargesetzgebung Anhalts ebenso wie die oldenburgische und braunschweigische zu behandeln, doch sind hier nur die Grundlagen denen der preußischen Gesetze entsprechend, nicht auch die einzelnen Bestimmungen. Bezüglich der beiden Mecklenburg wird auf Seite 33, bezüglich Waldecks auf S. 33, Anm. 2 zurückverwiesen. Die Gesetzgebung der übrigen Staaten giebt zu besonderen Bemerkungen keinen Anlaß.

9. Elsaß-Lothringen. Hier wird die Verletzung französischer Gesetze nur insoweit die Revision begründen, als dieselben in anderen deutschen Staaten in Geltung getreten sind; die französischen Gesetze nach 1815 werden als Partikularrecht behandelt, von denselben sind jedoch durch § 12 der Kaiserlichen Verordnung fünf wegen ihres nahen Verhältnisses zu Bestimmungen des Code für revisibel erklärt. Dasselbe gilt von den Bestimmungen des dem preußischen Berggesetze nachgebildeten Berggesetzes vom 16. Dezember 1873. Bezüglich der in Elsaß-Lothringen als Landesgesetze geltenden reichsgesetzlichen Vorschriften ist zu vergleichen, was oben Seite 27 gesagt ist.

Die Kaiserliche Verordnung, deren Inhalt im Vorstehenden dargelegt worden, wird nach der Bestimmung des letzten Absatzes des § 6 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung dem Reichstage zur Genehmigung vorzulegen sein. Sie tritt außer Kraft, soweit der Reichstag seine Zustimmung versagt. Hieraus ergiebt sich, daß

[1]) Nämlich Buch IV. Tit. 1 Abschnitt 2 bis 4 des Handelsgesetzbuchs mit Ausnahme der Art. 282, 289 bis 292, 297, 309 bis 312 und 323 (Art. 30); ferner Buch IV. Tit 2, soweit es sich nicht um den Kauf unbeweglicher Sachen handelt (Art. 41); und Art. 736 bis 741 sowie die darauf sich beziehenden Vorschriften in Buch V Titel 12 als anwendbar auf Flußschiffe (Art. 54).

der Reichstag in der Lage sein wird, jede einzelne Abweichung von der Bestimmung des § 511 der Civilprozeßordnung nachzuprüfen, und daß ein abweichendes Votum desselben nicht nothwendig die ganze Kaiserliche Verordnung, sondern nur die einzelne Bestimmung hinfällig macht. Der Reichstag wird insbesondere auch in der Lage sein, die Tragweite der generellen Bestimmung des § 1 der Kaiserlichen Verordnung durch seinen Beschluß in der Weise zu beschränken, daß die Anwendung des Prinzips dieses Paragraphen auf das eine oder andere Gesetz, welches nach der Bestimmung des § 511 der Civilprozeßordnung zu denjenigen gehören würde, deren Verletzung die Revision begründet, ausgeschlossen und somit die Anwendbarkeit des § 511 hergestellt wird. Eine Aenderung nach der Seite hin, daß weitergehende Umgestaltungen des § 511 gefordert werden, würde auf § 6 des Einführungsgesetzes der Civilprozeßordnung nicht gegründet werden können. Beschlüsse nach dieser Seite hin könnten nur die Bedeutung eines Gesetzesvorschlages oder einer Resolution, welche die Kaiserliche Regierung zu erneuter Erwägung auffordert, in Anspruch nehmen.

---

## 3.

## Ueber die Zustellung der amtsgerichtlichen Urtheile und die Frage, ob eine Frist, deren Beginn von einer Zustellung abhängig ist, mit dieser auch gegen diejenige Partei beginnt, in deren präsumtivem Auftrage die Zustellung erfolgt ist.

(Zu §§ 154, 288, 198 der Civ.P.O.)

Von Herrn Landgerichtsrath Hermann Meyer in Münster.

Ich gedenke folgende, wenn auch juristisch nicht gerade interessante, so doch praktisch sehr wichtige, Fragen zu behandeln:

1. Hat der Gerichtsschreiber nach § 154 [1]) sich als stillschweigend beauftragt anzusehen, ein amtsgerichtliches Urtheil zustellen zu lassen, wenn auch keine der Parteien ein Wort davon sagt, daß sie Zustellung desselben wünsche?

Ich bejahe diese Frage und frage weiter:

2. Beginnt der Lauf einer gesetzlichen Frist, deren Beginn von einer Zustellung abhängig ist, mit dieser auch gegen diejenige Partei,

---

[1]) Wo §§ ohne Zusatz zitirt sind, sind §§ der C.P.O. gemeint.

in deren präsumtivem Auftrage die Zustellung erfolgt ist, oder kommt die Bestimmung des § 198 Abs. 2 nur dann zur Anwendung, wenn eine Partei behufs der Zustellung wirklich Schritte gethan hat, sei es, daß sie selbst den Gerichtsvollzieher beauftragt hat, sei es, daß sie ausdrücklich die Vermittlung des Gerichtsschreibers angegangen ist?

3. Von welcher Partei hat der Gerichtsschreiber sich als beauftragt anzusehen, das Urtheil der andern Partei zustellen zu lassen?

Ich habe im Vorwort zu meiner „Anleitung zur Prozeßpraxis nach der Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877" [1]) meine Ansicht darüber kurz dahin gesagt:

„Der Gerichtsschreiber hat sich als von der bei der Zustellung am meisten interessirten Partei (regelmäßig der obsiegenden) stillschweigend beauftragt anzusehen, der andern Partei das Urtheil zustellen zu lassen. Nach § 198 Abs. 2 laufen die Fristen dann auch gegen denjenigen, in dessen stillschweigendem Auftrage die Zustellung erfolgt ist, vom Tage der Zustellung an die Gegenpartei an."

Gegen diese meine Ansicht hat sich Widerspruch erhoben. Ob freilich Goldenring [2]) andrer Meinung ist, wenn er S. 23 a. a. O. sagt, daß, wo eine Zustellung gerichtlicher Entscheidungen nöthig werde, die Partei sie zu veranlassen habe, mag zweifelhaft sein. Es ist aber von mehreren altpreußischen Juristen, wenn auch nur in privater Mittheilung, meine Ansicht bestritten und deshalb will ich versuchen, sie ausführlich zu begründen. Vielleicht gelingt es mir, dazu beizutragen, daß über die angeregten Fragen eine Uebereinstimmung der Meinungen erreicht wird, die mir gerade hier sehr wünschenswerth erscheint.

Ich will zunächst einiges Allgemeine vorausschicken.

Die Urtheile eines Gerichts- (Amts- oder Kollegialgerichts) treten nicht durch Zustellung, sondern durch Verkündung in Wirksamkeit. [3]) Um z. B. auf ein Urtheil die Einrede der Rechtskraft

---

[1]) Dieselbe soll übrigens nichts weniger sein als eine dem Praktiker das selbständige Denken ersparende Formulariensammlung, wie der Rezensent in Zarncke's Centralblatt 1879 S. 973 irrig annimmt. Ich begreife nicht, wie Einer, der das Buch auch nur oberflächlich gelesen hat, mich so völlig mißverstehen kann.

[2]) Der amtsgerichtliche ordentliche Civilprozeß (1879, Franz Vahlen). Die Schrift verdient Beachtung.

[3]) § 283 Abs. 2.

gründen zu können, bedarf es nicht nothwendig der Zustellung. Nur da, wo Einspruch oder ein Rechtsmittel gegen ein Urtheil noch zulässig ist, kann es natürlich vor der Zustellung nicht rechtskräftig werden, weil Einspruchs-, Berufungs- und Revisionsfrist erst von der Zustellung des Urtheils beginnen. Aber z. B. das in der Berufungsinstanz gegen ein amtsgerichtliches Urtheil ergangene kontradiktorische Urtheil wird mit der Verkündung sofort rechtskräftig. — Daneben ist die Zustellung eines Urtheils immer erforderlich, um mit der Zwangsvollstreckung beginnen zu können. [1])

Die Zustellung der Urtheile erfolgt aber mit alleiniger Ausnahme gewisser Urtheile in Ehesachen [2]) nicht von Amtswegen, sondern, wie das Gesetz sich ausdrückt, auf Betreiben der Parteien. [3])

Im Anwaltsprozeß — also wenn ein Urtheil des Reichsgerichts, eines Land- oder Oberlandesgerichts zuzustellen ist — macht die Sache keine Schwierigkeit. Das von den Richtern unterschriebene (nicht nur signirte) Original (Konzept) des Urtheils wird von dem Gerichtsschreiber mit dem Verkündigungsvermerke versehen und einfach zu den Gerichtsakten gelegt. Es ist dann Sache desjenigen Anwalts, welchem besonders an der Zustellung gelegen ist, sich vom Gerichtsschreiber eine Ausfertigung geben zu lassen, welche dem Anwalte der Gegenpartei [4]) in der Weise zugestellt wird, daß derselbe eine beglaubigte Abschrift erhält. [5]) Hier tritt eine Vermittlung des Gerichtsschreibers nicht ein. [6])

Die Vorschrift des § 288, wonach die Zustellung der Urtheile auf Betreiben der Parteien erfolgt, gilt nach § 456 auch für das amtsgerichtliche Verfahren. Auch im amtsgerichtlichen Verfahren kann die Partei, bezw. ihr etwaiger Anwalt, ganz wie im landgerichtlichen Verfahren, sich eine Ausfertigung des Urtheils erbitten und sie durch einen Gerichtsvollzieher zustellen lassen. [7])

---

[1]) § 671.

[2]) § 582.

[3]) § 288.

[4]) § 162.

[5]) Vgl. meine Anleitung zur Prozeßpraxis S. 317.

[6]) § 152.

[7]) Auch unmittelbare Zustellung gegen Empfangsbescheinigung ist zulässig, wenn beide Theile durch Anwälte vertreten sind. § 181.

Sie kann sich aber auch der Vermittlung des Gerichtsschreibers bedienen.[1])

Nun hat die Civilprozeßordnung ferner folgende Bestimmungen:

§ 153. Die mündliche Erklärung einer Partei genügt, um den Gerichtsvollzieher zur Vornahme einer Zustellung, den Gerichtsschreiber zur Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Zustellung zu ermächtigen.

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, so wird bis zum Beweise des Gegentheils angenommen, daß dieselbe im Auftrage der Partei erfolgt sei.

§ 154. Insoweit eine Zustellung unter Vermittlung des Gerichtsschreibers zulässig ist,[2]) hat dieser einen Gerichtsvollzieher mit der erforderlichen Zustellung zu beauftragen, sofern nicht die Partei[3]) erklärt hat, daß sie selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle.

Der letztgedachte § 154 sagt wörtlich verstanden: Wenn im amtsgerichtlichen Verfahren eine Zustellung erforderlich ist, soll der Gerichtsschreiber die Zustellung besorgen, dafern nicht ausdrücklich das Gegentheil erklärt wird. Das ist denn auch m. E. der Sinn des § 154, welcher auch auf die Urtheile der Amtsgerichte zur Anwendung zu bringen ist.

Dem gegenüber ist behauptet: Der § 153 enthalte kein mandatum praesumtum des Gerichtsschreibers zur Zustellung, solange der Wille, daß die Zustellung überhaupt erfolgen solle, nicht erklärt sei, sondern schreibe vor, daß die Willenserklärung der Partei, es solle die Zustellung erfolgen, im Falle des § 154 dahin auszulegen sei, die Zustellung solle durch Vermittlung des Gerichtsschreibers erfolgen, sofern die Partei nicht sage, daß sie selbst zustellen wolle. Immer setze § 154 voraus, daß die Partei ihren Willen, daß überhaupt eine Zustellung erfolgen solle, erklärt habe. Werde eine mit der Ladung des Gegners versehene Klage dem Gerichtsschreiber überreicht oder zu Protokoll erklärt, so liege darin der Antrag, daß die Zustellung erfolgen solle, und der Gerichtsschreiber habe sich also, sofern nicht erklärt sei, Kläger wolle die Zustellung

[1]) § 152 Abs. 2. Nach hannoverschem Prozesse mußten beim amtsgerichtlichen Verfahren alle Zustellungen durch Vermittlung der Gerichtsschreiberei erfolgen.

[2]) Also im Parteiprozesse (im amtsgerichtlichen Verfahren) § 152.

[3]) Selbst oder ihr Anwalt.

unmittelbar bewirken, dann für bevollmächtigt zu halten, seinerseits die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher oder die Post zu besorgen (§ 458). In der Einreichung oder Erklärung der Anträge u. s. w. des § 463 an den Gerichtsschreiber bezw. zu dessen Protokoll werde man ferner jedenfalls auch den Ausdruck finden können, daß die Zustellung erfolgen solle. Beim Urtheil bedürfe es des Ausdrucks dieses Willens gleichfalls. So lange aber die Partei nichts thue, worin der Ausdruck des Willens, es soll zugestellt werden, gefunden werden könne, solange also der „Betrieb der Zustellung" durch eine der Parteien (§ 288) nicht erfolgt sei, fehle es dem Gerichtsschreiber an jeder Befugniß, zuzustellen. Thue er es dennoch, so geschehe dies ohne Auftrag, und mit der Feststellung dieser Thatsache werde zugleich die Unwirksamkeit einer solchen nicht autorisirten Zustellung festgestellt. Eine Ausnahme des § 288 enthalte nur § 582.

Ich habe, damit der Leser alles pro et contra gehörig erwägen könne, im Vorstehenden vollständig die gegen meine Ansicht geltend gemachten Gründe mitgetheilt und will noch bemerken, daß man konsequent auch wird sagen müssen, auch beim Zahlungsbefehle und Vollstreckungsbefehl bedürfe es einer Erklärung des Gläubigers, daß er Zustellung wünsche, sonst werde der Zahlungsbefehl bezw. Vollstreckungsbefehl nur dem Gläubiger ausgehändigt und diesem liege die Zustellung an den Schuldner ob.

Die hier referirte Ansicht hat allerdings den Vorzug, daß die im Eingange dieses Aufsatzes sub 2 und 3 aufgeworfenen Fragen dann gar nicht aufgeworfen werden können, und es möchte vielleicht Mancher geneigt sein, ihr schon deshalb den Vorzug zu geben. Trotzdem halte ich die Ansicht nicht für richtig und zwar aus folgenden Gründen:

1. Der § 154 enthält von einer Einschränkung auf den Fall, daß der Wille erklärt sein müsse, daß überhaupt zugestellt werden solle, kein Wort, während es doch nahe gelegen hätte, dies dadurch auszudrücken, daß man statt „erforderlichen Zustellung" gesagt hätte „gewünschten Zustellung."

2. Nach der hannoverschen bürgerlichen Prozeßordnung mußte im amtsgerichtlichen Verfahren die Zustellung durch die Gerichtsschreiberei erfolgen. Der Grund war offenbar der, daß im Parteiprozesse die Partei nicht soviel Geschäftskenntniß zu besitzen braucht, um den Auftrag richtig ertheilen zu können. Derselbe

Grund hat nach der C.P.O. im Parteiprozesse der Partei das Wahlrecht gegeben, ob sie selbst die Zustellung besorgen oder die Vermittlung des Gerichtsschreibers angehen will (§ 152), und deshalb ist auch die Vorschrift des § 154 gegeben, welche dann in § 458 ziemlich überflüssiger Weise in spezieller Anwendung nochmals wiederholt ist.[1]) Nun ist gerade die Frage, ob ein Urtheil der Zustellung bedarf, doch nicht so einfach für einen Nichtjuristen zu beantworten. Es steht zu befürchten, daß, wenn die Parteien selbst dafür zu sorgen haben, die Partei nach Verkündung eines Urtheils gar nicht an die Zustellung desselben denkt und meint, nun sei ja Alles in Ordnung.

3. Ja, wird man einwenden, dann hätte man den § 288 Abs. 1, welcher bestimmt, daß die Zustellung der Urtheile auf Betreiben der Parteien erfolge, für das amtsgerichtliche Verfahren als nicht zur Anwendung kommend erklären müssen. Das hat man nicht gethan. — Diesem Einwande ist Folgendes entgegen zu setzen: Die ganze Bestimmung des § 288 Abs. 1 fehlte in den früheren Entwürfen, sie ist nicht aufgenommen, um etwas Neues, in den früheren Entwürfen nicht Enthaltenes einzuführen, sondern nur, um das Mißverständniß nicht aufkommen zu lassen, als hätte das Gericht von Amtswegen die Urtheile an beide Theile zustellen zu lassen, ein Mißverständniß, welchem man bei hannoverschen Amtsgerichten wohl mitunter begegnet ist. Eine Zustellung von Amtswegen ist es aber auch nach meiner Ansicht nicht, wenn der Gerichtsschreiber als präsumtiver Beauftragter der einen Partei der andern Partei das Urtheil zustellen läßt. Es zeigt sich der Unterschied besonders darin, daß bei der Zustellung von Amtswegen der Gerichtsschreiber die Abschrift zu beglaubigen hat, und daß die Zustellungsurkunde zu den Gerichtsakten kommt.

4. Hauptsächlich kommt Folgendes in Betracht: In Hannover enthält die bürgerliche Prozeßordnung für das amtsgerichtliche Verfahren die Vorschrift:

---

[1]) § 458 bestimmt nämlich für das Verfahren vor den Amtsgerichten „Nach erfolgter Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung hat der Gerichtsschreiber für die Zustellung der Klage Sorge zu tragen, sofern nicht der Kläger erklärt hat, dieses selbst thun zu wollen." Nach § 462 gilt dasselbe wenn eine Partei im Laufe des Rechtsstreits zu laden ist.

„Die Zustellung der zu behändigenden Schriften erfolgt durch die Gerichtsschreiberei.“

Es ist nun in Hannover niemals bestritten worden und stets in der Praxis so gehandhabt worden, daß der Gerichtsschreiber von selbst verpflichtet war, für die Zustellung aller Parteischriften, Urtheile und Zahlungsbefehle Sorge zu tragen. Die herrschende — wohl nur hie und da von einem Amtsrichter nicht befolgte — Ansicht ging aber ferner dahin, daß dieses keine Zustellung von Amtswegen sei, sondern daß der Gerichtsschreiber nur als Vertreter der Partei handle, und beide oben sub 2 und 3 aufgeworfenen Fragen sind auch in Hannover aufgeworfen.

Versteht man den § 154, wie ich, wörtlich, so enthält er eine direkte Sanktionirung der hannoverschen Praxis, mit der alleinigen — in § 154 ausdrücklich hervorgehobenen — Abweichung, daß der Gerichtsschreiber nicht mehr unbedingt die Zustellung zu besorgen hat, sondern nur als präsumtiver Bevollmächtigter. Die Partei kann das Gegentheil erklären. Diese Abweichung war, da man einmal die Bestimmung des § 152 aufgenommen hatte, geboten. So ist es auch erklärlich, daß die Motive zum § 154 die Abweichung von dem hannoverschen Prozeß nicht hervorheben. Wie wunderbar aber wäre es, wenn der Gesetzgeber, der doch zumal in solchen formellen Fragen auf den hannoverschen Prozeß stets Rücksicht nimmt, hier eine bei jedem Amtsgerichte häufig praktisch werdende Abweichung statuirt und doch eine Fassung gewählt hätte, welche, wörtlich verstanden, die hannoversche Praxis sanktionirt. Wie natürlich erscheint aber Alles, wenn man annimmt, es sei wirklich die Absicht des Gesetzgebers gewesen, die hannoversche Praxis mit Ausnahme der ausdrücklich hervorgehobenen Abweichung beizubehalten!

5. Man könnte noch einwenden: Wenn nach § 154 der Gerichtsschreiber ohne Weiteres als beauftragt gilt, die Zustellung zu besorgen, wenn nur nicht die Partei sich ausdrücklich die Besorgung der Zustellung vorbehält, was soll dann die Bestimmung des § 153, daß die mündliche Erklärung einer Partei genüge, um den Gerichtsschreiber zur Beauftragung eines Gerichtsvollziehers zu ermächtigen Ich muß anerkennen, daß diese Bestimmung nach der Deutung, die ich dem § 154 gebe, fehlen konnte. Es ist aber bedenklich, hieraus allein den Schluß zu ziehen, daß dem § 154 eine andere Deutung gegeben werden müsse.

Das Ergebniß meiner Ausführungen ist folgendes: Wörtlich verstanden bestimmt § 154, daß im amtsgerichtlichen Verfahren der Gerichtsschreiber als stillschweigend Beauftragter die erforderliche Zustellung einer Parteischrift, eines Protokolls, eines Zahlungsbefehls, eines Vollstreckungsbefehls, eines Urtheils ohne Weiteres zu besorgen hat, dafern ihm nicht ausdrücklich seitens der Partei erklärt wird, daß man sich die Zustellung selbst zu besorgen vorbehalte. Die Annahme, der Gesetzgeber habe etwas Anderes gewollt, ist nicht allein nicht zu beweisen — namentlich genügt das sub 5 Gesagte nicht — sondern ist sogar geradezu unwahrscheinlich. Es wird daher die wörtliche Interpretation die richtige sein.

Auch Fitting[1]) bemerkt sowohl beim Zahlungsbefehl (§ 61 Note 9) wie bei dem Vollstreckungsbefehl (§ 61 Note 20), daß die Zustellung ohne Weiteres vom Gerichtsschreiber besorgt werde, wenn sich der Gläubiger die Besorgung nicht ausdrücklich vorbehalten habe. Und wenn v. Wilmowski und Levy in ihrem Kommentar Note 1 zu § 633 sagen: „Das Original des Zahlungsbefehls erhält vom Gerichte der Gläubiger. Dieser hat beglaubigte Abschrift nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 152 ff.) zustellen zu lassen," so haben sie damit m. E. die hier aufgeworfene Frage nicht entscheiden wollen. In dem Kommentar v. Bülow's (Die Civilprozeßordnung, 1879, Kämpler in Hannover) wird bestimmt meine Ansicht gebilligt, verbis: Der § 154 fingirt einen Auftrag der Partei an den Gerichtsschreiber. Nur, wenn diese Fiktion wegfällt, weil die Partei ausdrücklich erklärt, einen Gerichtsvollzieher selbst beauftragen zu wollen, darf der Gerichtsschreiber den Gerichtsvollzieher nicht beauftragen. Hieraus ergiebt sich, daß im Parteiprozesse und im Mahnverfahren die Zustellungen erfolgen, auch wenn die Partei überall nicht mitwirkt und keine Erklärung abgiebt.

---

Gehen wir sodann zu der ferneren Frage über:

**Kommt die Bestimmung des § 192 Abs. 2 auch dann zur Anwendung, wenn der Gerichtsschreiber lediglich im vermutheten Auftrage die Zustellung besorgt hat?**

---

[1]) Der Reichscivilprozeß 2. Aufl. (1878, Guttentag in Berlin).

Der § 198 Abs. 2 schreibt nämlich vor:

Der Lauf einer gesetzlichen oder richterlichen Frist, deren Beginn von einer Zustellung abhängig ist, beginnt mit dieser auch gegen diejenige Partei, welche die Zustellung hat bewirken lassen.

Also: Wenn z. B. der Kläger dem Beklagten ein Urtheil zustellen läßt, so beginnt die Berufungsfrist auch für den Kläger mit dem Augenblicke der Zustellung an den Beklagten.

Im Anwaltsprozesse, oder wenn im Parteiprozesse ausnahmsweise [1]) eine Partei nach § 152 den Gerichtsvollzieher selbst beauftragen sollte oder wenn eine Partei ausdrücklich den Gerichtsschreiber um Veranlassung der Zustellung an die Gegenpartei bitten sollte, ist diese Bestimmung völlig unbedenklich. Der Kläger (bezw. sein Anwalt) weiß in diesem Falle, daß die Zustellung voraussichtlich in einigen Tagen erfolgen und also der Lauf der Nothfrist beginnen wird. Er kann ja auch gleichzeitig mit der Zustellung des Urtheils die Berufungs- oder Revisionsschrift zustellen lassen [2]) und wenn er sich noch besinnen will, kann er mit der Zustellung warten, es ist dann noch immer Zeit, und nur wenn ihm zugestellt wird, muß er auf seiner Hut sein, daß er die Frist nicht versäumt.

Ganz anders im Verfahren vor den Amtsgerichten, wenn der Gerichtsschreiber nach § 154 ohne besondern Auftrag die Zustellung eines Urtheils besorgt. Hier wird die Partei, bevor sie das Zustellungsdokument erhält, gar nicht wissen, ob der Gerichtsschreiber schon dazu gekommen ist, — die Urtheile müssen doch erst abgeschrieben werden — den Zustellungsauftrag zu geben. Der Gerichtsvollzieher bezw. — im Falle direkter Beauftragung der Post — der Gerichtsschreiber soll nun zwar derjenigen Partei, für welche die Zustellung erfolgt, die Zustellungsurkunde übermitteln, [3]) aber es kann doch vorkommen, daß der Gerichtsvollzieher aus Versehen das Dokument dem Gerichtsschreiber übersendet und dieser es zu den Akten legt, oder es kann sich die Zusendung an die Partei verzögern. Inzwischen aber läuft die Frist ab.

---

[1]) Es wird wohl praktisch zur Ausnahme werden.

[2]) § 477 Abs. 2. § 514.

[3]) § 173 Abs. 4.

Dieses ist der Hauptgrund gewesen, weshalb eine dem zitirten § 198 Abs. 2 der Civilprozeßordnung entsprechende Bestimmung der hannoverschen bürgerlichen Prozeßordnung öfters für unanwendbar erklärt ist, wenn der Gerichtsschreiber ohne besondern Auftrag die Zustellung eines Urtheils besorgt hat. Diese Bestimmung der hannoverschen bürgerlichen Prozeßordnung (§ 148) lautet:

> Jede Prozeßfrist, welche mit der Behändigung einer richterlichen Verfügung ihren Lauf beginnt, läuft von diesem Zeitpunkte an auch gegen die Partei, auf deren Betreiben die Behändigung erfolgt.

Man stützte sich auf die Worte „auf deren Betreiben," um die Bestimmung in dem erwähnten Falle für unanwendbar zu erklären. So z. B. in den Urtheilen des Obergerichts Celle vom 25. Februar 1875 in Sachen Meine c. Meine und vom 13. März 1876 in Sachen Hamborg c. Tafelmacher.

Dagegen hat das Obergericht Celle — bei anderer Zusammensetzung — am 9. April 1874 in Sachen Gruß c. Sonnemann und am 28. April 1879 in Sachen Biermann c. Ebeling anders entschieden und den § 148 der hannov. bürg. P.O. allgemein zur Anwendung gebracht, indem man sagte: Auf Betreiben einer Partei geschieht die Zustellung auch dann, wenn der Gerichtsschreiber als präsumtiv Beauftragter die Zustellung für eine Partei betreibt. Wollte man dies nicht annehmen, so schloß man, so würde immer im amtsgerichtlichen Verfahren jedes nicht rechtskräftige Urtheil beiden Theilen zugestellt werden müssen, der Gerichtsschreiber würde dann für den Kläger dem Beklagten und für den Beklagten dem Kläger zustellen lassen müssen. Damit aber würde das amtsgerichtliche Verfahren komplizirter sein, als das Verfahren vor den Kollegialgerichten, bei welchen Anwaltszwang besteht. Denn im Anwaltsprozesse lassen nicht beide Theile einander das Urtheil zustellen, sondern der Anwalt derjenigen Partei, die ein besonderes Interesse an der Zustellung hat, läßt dem Gegner das Urtheil zustellen. Nur zufällig kann es kommen, daß beide Anwälte gleichzeitig auf den Gedanken kommen, das Urtheil zustellen zu lassen. Nun aber kann es doch nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, das amtsgerichtliche Verfahren kostspieliger zu machen, als das Verfahren im Anwaltsprozesse. Den praktischen Einwand, daß ja durch Versehen des Gerichtsvogts (Gerichtsvollziehers) die Zustellungs-

urkunde zu spät in die Hände der Partei, für welche die Zustellung erfolgt ist, kommen könne, beseitigte man mit der Bemerkung, daß auf solche Ordnungswidrigkeiten nicht zu rechnen sei.

Für die letztere Ansicht sprechen, was den deutschen Reichsprozeß anbetrifft, auch die Motive. Sie führen als Zweck der Bestimmung des § 198 Abs. 2 der C.P.O. Folgendes an:

„Die Bestimmung . . . vermeidet den Uebelstand, daß für jede Partei, je nach dem Zeitpunkte der an sie geschehenen Zustellung, der Fristenbeginn und Lauf ein verschiedener ist, und macht gleichzeitig gegenseitige Zustellungen, sowie deren Kosten, wegfallen."

Nun sind allerdings die Motive kein Gesetz, ich meine aber, daß die Gründe, welche die Motive anführen, überzeugend sind. Wollte man nun im amtsgerichtlichen Verfahren annehmen, daß beiden Theilen zugestellt werden müßte, und demnach für jede Partei eine besondere Frist liefe, so würde der Zweck des § 198 Abs. 2 nicht erreicht sein. Es scheint mir daher das Richtige zu sein, zu sagen: Im Sinne des § 198 Abs. 2 hat diejenige Partei die Zustellung bewirken lassen, für welche der Gerichtsschreiber, wenn auch ohne besonderen Auftrag, hat zustellen lassen.[1])

Es kann allerdings, wenn der Gerichtsvollzieher die Zustellungsurkunde verliert oder der betreffenden Partei zuzusenden versäumt, vorkommen, daß eine Partei ohne ihre Schuld die Nothfrist versäumt.

Ob eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand helfen kann, ist fraglich. Denn nach § 211 Abs. 2 ist nur für Versäumniß der Einspruchsfrist vorgeschrieben, daß die Wiedereinsetzung auch dann zu ertheilen ist, wenn die versäumende Partei von der Zustellung des Versäumnißurtheils ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erhalten hat. Es ist daher zweifelhaft, ob Versäumniß der Nothfrist wegen schuldloser Unkenntniß von der Zustellung als Versäumniß der Nothfrist durch unabwendbaren Zufall (§ 211 Abs. 1) aufgefaßt werden kann.

Dagegen mildert wohl folgender Umstand die scheinbar vorliegende Härte. Jede Partei weiß, wenn ein Urtheil verkündet ist, daß dem natürlichen Gange der Dinge nach in einiger Zeit —

---

[1]) Derselben Ansicht scheint auch von Bülow, die C.P.O. Note 3 zu § 198 zu sein. Er findet die Bedeutung der Bestimmung darin, daß gegenseitige Zustellungen mit ihren Kosten, sowie verschiedener Fristenlauf wegfallen, und bemerkt dazu: Dieser Grundsatz beherrscht ausnahmslos die ganze C.P.O.

nämlich sobald die zu der erforderlichen Zustellung nöthigen Abschriften angefertigt sind — der Gerichtsschreiber an den Gerichtsvollzieher das Urtheil zur Zustellung übergeben wird. Hat eine Partei wirklich sich über ein amtsgerichtliches Urtheil zu beschweren, so mag sie gleich einen beim Landgerichte zugelassenen Anwalt annehmen, und der kann das Urtheil zugleich mit der Berufung zustellen lassen. Wenn die Parteien die Bestimmung des § 154 kennen und richtig verstehen, so müssen sie wissen, daß die Sache gerade so liegt, als hätten sie irgend Jemandem generell Vollmacht gegeben, alle erforderlichen Zustellungen für sie zu besorgen.

Hat demnach der Gerichtsschreiber nur für eine Partei der andern das Urtheil zustellen zu lassen, so fragt sich endlich: Für welche Partei? M. E. wird er sich — und so ist es auch in Hannover, soviel ich weiß, meistens gehalten — als von derjenigen Partei stillschweigend beauftragt ansehen, welcher muthmaßlich am meisten an der Zustellung gelegen ist. Also wird bei einem Endurtheile der unterliegenden Partei zugestellt, bei einem durch Eid bedingten Urtheile regelmäßig dem Beklagten. Nachtheile entstehen übrigens nicht, wenn er es anders macht. Daß Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl für den Gläubiger dem Schuldner zuzustellen sind, und der Gläubiger das Zustellungsdokument mit dem Originale des Zahlungsbefehls erhält, während dem Schuldner bei der Zustellung beglaubigte Abschrift übergeben wird, versteht sich von selbst.

Schwierigkeiten wird es machen, wenn Streitgenossen da sind, für welche an die Gegenpartei zuzustellen ist, indem nicht vorgeschrieben ist, daß Streitgenossen einen gemeinschaftlichen Empfangsbevollmächtigten bestellen müßten. Wer soll hier das Zustellungsdokument erhalten? M. E. wird der Amtsrichter oder Gerichtsschreiber die Streitgenossen selbst danach zu fragen haben, sonst wird der Gerichtsschreiber bezw. Gerichtsvollzieher die Auswahl haben.

Aehnliche Schwierigkeiten können aber auch sonst bei Streitgenossen entstehen, welche keinen gemeinschaftlichen Empfangsbevollmächtigten bestellt haben. Nehmen wir z. B. an, daß eine von 6 Klägern unterzeichnete Klagschrift eingereicht wird. Hier wird nach §§ 154 und 458 der Gerichtsschreiber als Beauftragter der 6 Kläger die Klagschrift zustellen lassen. Wer aber erhält das Zustellungsdokument? Die Frage ist von Bedeutung, denn ohne Zustellungsdokument erfährt im amtsgerichtlichen Verfahren der Kläger, wenn

er nicht selbst die Zustellung besorgt, den Verhandlungstermin gar nicht. Ich glaube, es wird nichts übrig bleiben, als daß der Gerichtsschreiber (wenn er direkt die Post ersucht hat) bezw. der Gerichtsvollzieher sich einen der Kläger auswählt. Die Kläger mögen unter sich ausmachen, daß der, welchem das Zustellungsdokument zugesandt wird, seinen Genossen von dem Termine Kenntniß giebt. Am besten ist es freilich, wenn die Streitgenossen einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten ernennen.

---

Die Konsequenzen der von dem Herrn Verfasser in dem vorstehenden Aufsatze vertheidigten Auslegung der §§ 154, 288, 198, C.P.O. sind sehr weitgreifend. Die Redaktion glaubte zwar, einem verehrten Mitarbeiter die Ausführung seiner Ansicht in diesen Beiträgen nicht verwehren zu sollen. Da sie sich jedoch von der Richtigkeit derselben nicht überzeugen konnte, so hat sie den Herrn Geh. Ober-Justizrath Kurlbaum II. gebeten, auch seinerseits die angeregte Frage zu prüfen. Die Redaktion veröffentlicht nachstehend die ihr zugegangene Erwiderung des Herrn Kurlbaum und glaubt, daß die Praxis sich nunmehr in der Lage befindet, zu entscheiden, welches Verfahren bei der Zustellung amtsgerichtlicher Urtheile den Worten und dem Sinne der C.P.O. entspricht.

Die Redaktion.

---

Der Verfasser des vorstehenden Aufsatzes ist so bereit, alle Gründe gegen seine Ansicht mit zur Erörterung zu ziehen, daß er es nicht übel aufnehmen wird, wenn diese Gründe im Nachstehenden noch etwas weiter erörtert werden und zugleich untersucht wird, ob die Gründe für seine Meinung an sich haltbar sind. Seine Meinung, daß, obgleich Urtheile nach bestimmter Vorschrift des Gesetzes nur auf Betreiben der Parteien zuzustellen sind, dennoch die Zustellung aller Urtheile der Amtsgerichte auch ohne Betreiben der Parteien durch den Gerichtsschreiber besorgt werden soll, ist eine so auffällige, daß sie eine doppelte Prüfung sicher verdient.

Meinerseits stelle ich folgenden Satz dem seinigen entgegen:

1. Der Gerichtsschreiber hat auf Grund des § 154 C.P.O. Urtheile der Amtsgerichte nur dann zustellen zu lassen, wenn die Zustellung zur Ausführung eines Antrags einer Partei erforderlich ist.

2. Die Zustellung gilt in diesem Falle als auf Betreiben der betreffenden Partei bewirkt, auch im Sinne des § 198 Abs. 2.

Der § 154 ist bei der Umarbeitung des norddeutschen Entwurfs im preußischen Justizministerium aus dessen § 261 entstanden, welcher lautete:

> In der Einreichung der Ladung zum Zwecke der Terminsbestimmung liegt in Ermangelung einer entgegenstehenden Erklärung der Partei zugleich die Beauftragung des Gerichtsschreibers, für die Zustellung der Ladung zu sorgen.

Dem § 154 ist die Erwähnung der Zulässigkeit der Vermittelung des Gerichtsschreibers hinzugefügt, welche in § 261 fehlte, weil diese Vermittelung nach dem Entwurfe in allen Fällen zulässig sein sollte. Andererseits ist die Vorschrift des Entwurfs erweitert. Man fand, daß auch in einer Reihe von anderen als den dort bezeichneten Fällen der Wille der Partei, eine Zustellung besorgen zu lassen, vorausgesetzt werden müsse, weil erst mit der Zustellung das ausgeführt werde, was die Partei wolle. Dahin gehört z. B. die Zustellung einer dem Gerichte eingereichten Nebenintervention oder Streitverkündung (§§ 67, 70), der Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens (§ 227), eines Zahlungsbefehls (§ 629), des Beschlusses auf Pfändung einer Forderung (§ 730). Mit den ersterwähnten dieser Zustellungen kann eine Ladung verbunden sein; es ist dies jedoch nicht immer der Fall. In gewissen Fällen trifft die erweiterte Vorschrift auch die Zustellung von Urtheilen, aber nicht bloß von Urtheilen der Amtsgerichte. Die Zustellung des Urtheils muß nach § 671 der Zwangsvollstreckung vorangehen. Sucht eine Partei die Vermittelung des Gerichtsschreibers zur Zwangsvollstreckung, so muß sie mit der Zwangsvollstreckung auch die Zustellung des Urtheils wollen, wenn diese noch nicht erfolgt ist.

Für solche Fälle kommt der § 154 der Geschäftsunerfahrenheit der Parteien in der Weise zu Hülfe, daß er den Auftrag der Partei, die Zustellung zu besorgen, in Ermangelung einer ausdrücklichen Erklärung präsumiren läßt. Er schließt die Möglichkeit aus, daß mit formeller Strenge eine Parteihandlung ohne Erfolg bleibt oder ein Antrag zurückgewiesen wird, weil zur Erreichung der Absicht der Partei eine Zustellung erforderlich ist, welche nicht von Amtswegen bewirkt wird und deren Zustellung nicht beantragt ist.

Es fragt sich aber, wie weit die Präsumtion des § 154 reicht. Derselbe bezeichnet die Zustellungen, welche der Gerichtsschreiber zu besorgen hat, als die „erforderlichen". Auf eine Untersuchung, ob die Zustellung der Urtheile „erforderlich" sei, hat sich Meyer nur insoweit eingelassen, daß er allgemeine Bemerkungen vorausgeschickt hat, nach welchen zur Erleichterung bestimmter besonderer Zwecke die Zustellung erforderlich sein soll. Allgemein erforderlich ist also die Zustellung nicht. Meiner Meinung sind überhaupt nur diejenigen Zustellungen im Sinne des § 154 erforderlich, welche durch den Willen der Partei geboten werden. Den Beweis hierfür will ich nicht bloß aus der mitgetheilten Entstehungsgeschichte des Paragraphen führen.

Die der Verpflichtung des Gerichtsschreibers beigefügte Beschränkung geht dahin, daß die Partei erklären kann, sie wolle selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen. Darin liegt nur ein Gegensatz zu der Vermittelung durch den Gerichtsschreiber. Vorausgesetzt ist also, daß die Zustellung überhaupt erfolgen soll. Zweifellos handelt es sich hier nicht um solche Zustellungen, welche von Amtswegen zu betreiben sind. Als Veranlassung der Zustellung bleibt also nur der Parteiwille übrig. Meyer führt zwar für seine Meinung an, daß der § 154 von einer Einschränkung auf den Fall des erklärten Willens nichts enthalte. Es handelt sich aber hier gerade um den Fall des nicht erklärten Willens, nachdem in § 153 der, wenn auch mündlich, erklärte Wille abgehandelt ist.

Es fragt sich nun, in wie weit der Wille der Partei, ein Urtheil zustellen zu lassen, als vorhanden angenommen werden kann. Die Zustellung zum Zwecke der Zwangsvollstreckung ist bereits erwähnt. Bevor die Partei die Zwangsvollstreckung will, kann dieser Zweck die Zustellung nicht erforderlich machen. Im Uebrigen ist die Zustellung der Urtheile prozessualisch nur nothwendig, um die Fristen für Einspruch und Rechtsmittel in Lauf zu bringen und die Einlegung der Rechtsmittel zu ermöglichen (§ 477). Man kann gewiß nicht sagen, daß die Partei, welche das Urtheil beantragt, damit auch die Herbeiführung dieser weiteren Folgen beantrage. Bei der Vorschrift, daß die Zustellung auf Betreiben der Parteien erfolgt, ist ja auch der Zustellungswille als ein gesonderter gedacht. Man könnte höchstens annehmen, daß jede Partei eine rechtskräftige Entscheidung nach ihren Anträgen will. Ob aber diejenige Partei, nach deren

Antrage erkannt ist, nachher zum Zwecke der Rechtskraft die Zustellung des dem Einspruche oder der Berufung unterliegenden Urtheils will, wird immer ungewiß bleiben, da die Rechtskraft desselben auch durch Verzicht des Gegners auf die Anfechtung erlangt werden kann, und selbst die Rechtskraft unter Umständen, z. B. wenn das Urtheil vollstreckbar ist oder gegen einen insolventen Schuldner ergangen ist, für den Sieger kaum noch Werth hat. Die unterliegende Partei kann die Zustellung nur wünschen, damit, besonders gegen ein vollstreckbares Urtheil, die Einlegung des Rechtsmittels möglich wird, aber doch immer nur, wenn sie das Rechtsmittel einlegen will, und erst dann, wenn sie dessen Einlegung genügend vorbereitet hat. Endlich ist häufig dieselbe Partei obsiegend und unterliegend. In Hinsicht auf die Rechtsmittel wird also immer erst eine Willenserklärung der Partei erforderlich sein, um die Zustellung des Urtheils „erforderlich" zu machen.

Die Erörterungen Meyer's darüber, im Auftrage welcher Partei der Gerichtsschreiber die Zustellung eines Urtheils zu besorgen habe, betrachte ich, da sie die Unhaltbarkeit seiner Ansicht darthun, als eine Unterstützung meiner Ansicht. Die Untersuchung darüber, welche Partei an der Zustellung muthmaßlich am meisten interessirt sei, ist selbst nach dem Wenigen, was Meyer über deren Grundlagen gesagt hat, eine so unsichere, daß es m. E. schon danach einleuchten sollte, wie die Beurtheilung des maßgebenden Interesses in keine anderen Hände als in die der Partei selbst gelegt sein könne, nachdem einmal der Gesetzgeber die Zustellung von Amtswegen als eine in allen Fällen zu bewirkende von der Hand gewiesen hat. Im Gegensatz hierzu legt Meyer die Entscheidung, von der die wichtigsten Rechte abhängen, in die Hände des Gerichtsschreibers, dem im Uebrigen nur formale Geschäfte überlassen sind. Nach Meyer's Ansicht darf keine Partei auf die Zustellung des Urtheils rechnen, muß vielmehr besorgen, daß in ihrem vermeintlichen Auftrage eine Zustellung erfolgt, welche nach § 198 Abs. 2 ihr präjudizirt, wenn sie auch von derselben nichts erfährt, und deren Kosten sie jedenfalls bezahlen muß, wenn sie auch ein wirkliches Interesse an derselben nicht hat. In Folge dessen müßte jede Partei die Besorgung der Zustellung sich verbitten, sofern sie überhaupt einen Nachtheil von der Zustellung zu erwarten hat. Damit würde der Zweck des § 154, geschäftsunkundigen Personen eine Hülfe zu sein, völlig verfehlt werden.

Meyer bezeichnet als den Hauptgrund für seine Meinung, daß dieselbe in Hannover unter der Herrschaft einer gewissen Vorschrift der bürgerlichen Prozeßordnung in thatsächlicher Anwendung bestehe, so daß der § 154 eine Sanktion der hannoverschen Praxis enthalte. Darüber, was in Hannover Praxis ist, kann ich ihm aus eigener Erfahrung nicht widersprechen. Ich will auch über den Werth einer hannoverschen Praxis für die Auslegung der C.P.O. kein Wort verlieren. Aber die von Meyer ohne Angabe der Paragraphenzahl zitirte Vorschrift der bürgerlichen Prozeßordnung, auf welche diese Praxis sich angeblich stützt:

> Die Zustellung der zu behändigenden Schriften erfolgt durch den Gerichtsschreiber.

ist in der Prozeßordnung nicht zu finden. Der zweite Absatz des § 377 derselben, welcher die Vermittelung der geschäftlichen Verbindung unter den Parteien bei den Amtsgerichten behandelt, lautet wörtlich:

> Die Zustellung der zu behändigenden Schriften an die Gerichtsvoigte erfolgt durch den Gerichtsschreiber.

In dieser Gestalt zeigt sich der Satz ganz deutlich als eine bloße Ausführung der im ersten Absatz des § 377 in Uebereinstimmung mit § 118 gegebenen Vorschrift, daß bei den Amtsgerichten die geschäftliche Verbindung der Parteien sowie die Vorladung dritter Personen durch die Gerichtsvoigte unter Mitwirkung der Amtsgerichte vermittelt wird. Könnte man aus der von dem Verfasser mitgetheilten Vorschrift allenfalls entnehmen, daß der Gerichtsschreiber ohne Anregung der Partei zu prüfen habe, welche Zustellung in deren Interesse erforderlich sei: aus der in § 377 enthaltenen gewiß nicht, diese überträgt dem Gerichtsschreiber nicht die Zustellung an den bestimmten Empfänger des Schriftstückes, sondern nur die inkorrekt als Zustellung bezeichnete Aushändigung an den Gerichtsvoigt; sie bestimmt, welches Organ der Amtsgerichte deren Mitwirkung ausübt. Hat sich nichtsdestoweniger in Hannover die Praxis dahin entwickelt, daß der Gerichtsschreiber für die Zustellung aller Urtheile Sorge zu tragen hat, so sind dafür andere Gründe aufzusuchen. Es hat dann wohl nicht am wenigsten der Umstand mitgewirkt, daß die Gewohnheit des früheren Verfahrens, welche glaubwürdigen Nachrichten zufolge bei den hannoverschen Amtsgerichten sehr lange fortgewirkt hat, rücksichtlich der in jedem Falle zu

bewirkenden Zustellung der Urtheile in den Vorschriften der Prozeßordnung einen gewissen Anhalt für ihre Fortdauer fand, da nach §§ 140, 141, 378 auch verkündete Entscheidungen, insbesondere alle in Abwesenheit der Partei verkündeten Entscheidungen der Zustellung bedurften. Wollte man wirklich annehmen, daß die Vorschrift des erwähnten § 377 die hannoversche Praxis begründe, so bliebe zu beachten, daß dieselbe keine Ausnahme enthält, wie § 154 C.P.O., dann könnte nicht einmal eine Partei der Ausführung einer Zustellung widersprechen; es könnte nur der Streit entstehen, für welche Partei die Zustellung zu besorgen sei: ein Erfolg, den gewiß Meyer selbst nicht billigen wird. Interessant ist dabei, daß in Hannover die Kontroverse entstehen konnte, ob die durch den Gerichtsschreiber besorgte Zustellung des Urtheils auch gegen die Partei wirke, in deren vermeintlichem Auftrage dieselbe besorgt wurde. (§ 148 H.P.O., § 198 Abs. 2 C.P.O.) Man sah, daß die Praxis zu unhaltbaren Resultaten führte, und suchte diese nun durch eine Inkonsequenz zu beseitigen. Eine Inkonsequenz ist es, die Wirkung gegen die Partei, für welche der Gerichtsschreiber handelt, auszuschließen. Denn zwischen der Zustellung von Amtswegen und der Zustellung auf Betreiben der Partei giebt es sowohl logisch als nach den positiven Vorschriften des Gesetzes ein Drittes nicht.

---

## 4.

## Beiträge zur Lehre vom Licht- und Fensterrecht nach A.L.R.

Von dem Herrn Geh. Ober-Justizrath Paris in Berlin.

Die bisherige von der Praxis und Wissenschaft ohne Widerspruch von irgend einer Seite angenommene Auslegung der §§ 142 und 143 A.L.R. Th. I. Tit. 8 ging dahin, daß der § 142 von dem Falle spreche, wenn die Behältnisse, vor deren Fenstern gebaut wird, von keiner andern Seite Licht haben, der § 143 dagegen von dem entgegengesetzten Falle, wenn sie noch von einer andern Seite Licht haben. Da hiernach alle überhaupt denkbaren Fälle nothwendig entweder unter den einen oder den andern § zu subsumiren waren, so mußte der bauende Nachbar unter allen Umständen für verpflichtet erachtet werden, mit seinem Bau zurückzurücken, und der

Streit konnte sich nur immer darum drehen, ob so weit, wie § 142 oder so weit, wie § 143 vorschreibt. Ein Fall, in dem er garnicht zurückzutreten brauchte, war nicht denkbar, selbst wenn die verbauten Behältnisse von mehreren andern Seiten Fenster hatten und also tageshell waren.

In einem unlängst vorgekommenen Falle handelte es sich um die Verbauung eines Küchenfensters. Der Verklagte wendete ein, daß der mehr als 6 Fuß entfernte Bau seitwärts nur etwa 2 Fuß über das Fenster hinausrage, so daß man nach dieser Seite hin aus dem Fenster in jeder Stellung einen großen Theil des Himmels vom Horizonte bis beinahe zum Zenith übersehen könne und von hier noch volles Licht in das Fenster scheine; daß ferner die Küche noch eine freiliegende Wand habe, in welcher Fenster ausgebrochen werden könnten; daß sie ferner durch eine nach einem ganz hellen Raume führende Glasthür genügendes Licht erhalte, und endlich, daß nicht der über 6 Fuß entfernte Neubau die Möglichkeit ausschließe, in vertikaler Richtung den Himmel aus dem Fenster zu erblicken, sondern ein an dem klägerischen Hause angebrachtes weit überhängendes Dach. Sobald dasselbe entfernt sein werde, würde man den Himmel trotz des Baues sehen können; um letzteres aber ohne Entfernung des Daches zu bewirken, würde der Neubau um 20 bis 30 Fuß zurück gerückt werden müssen. Mit Bezugnahme auf die bekannten Entscheidungen des Ober-Tribunals wurden alle diese Einwendungen als unerheblich verworfen und der Verklagte zur Zurückziehung seines Neubaues gemäß § 142 A.L.R. I. 8 verurtheilt.

Wenn die §§ 142 und 143 wirklich die Unterscheidung aufstellten, welche die herrschende Theorie in ihnen findet, dann wäre diese Entscheidung auch vollkommen gerechtfertigt. Denn dann könnte der Zweck des Gesetzes nicht der sein, einem Nothstande wegen Lichtmangels unter möglichst geringer Belastung des Nachbars die nothdürftigste Abhilfe zu schaffen, sondern es würde das Grundstück des einen Nachbars mit einer dessen Eigenthumsrecht unter Umständen fast vernichtenden Servitut belastet haben, um dem andern das Vergnügen zu sichern, aus bestimmten Fenstern seines Hauses in einer ganz bestimmten Richtung den Himmel zu erblicken.

Eine so willkürliche und vollkommen sinnlose Beschränkung des freien Eigenthums würde mit dem ganzen Geiste des A.L.R. und

namentlich mit den in den §§ 29—31 Tit. 8, §§ 14 sq. Tit 19 und § 3 Tit. 22 A.L.R. Th. I. klar ausgesprochenen Grundsätzen in unlösbarem Widerspruche stehen. Aus den Motiven ergiebt sich aber auch zur Evidenz, daß sich der Gesetzgeber bei Abfassung der §§ 142 und 143 I. 8 des im § 3 Tit. 22 eod. aufgestellten Prinzips:

> Auch solche Einschränkungen muß jeder Grundbesitzer sich gefallen lassen, ohne welche ein anderes Grundstück ganz oder zum Theil völlig unbrauchbar sein würde —

klar bewußt gewesen ist. Einige Monenten wollten es nämlich beim römischen Rechte belassen, welches eine solche Beschränkung, wie sie die §§ 142 und 143 sanktioniren, nicht kennt. Dann wurde ein Mittelweg vorgeschlagen, der drei Fälle unterschied:

1. Der Nachbar, welchem durch den Neubau das Licht benommen wird, hat nur von dieser Seite Licht und Fenster; dann muß der Bauende soweit zurücktreten, daß der Nachbar noch aus den ungeöffneten Fenstern des untern Stockwerkes den Himmel sehen kann.
2. Hat der Nachbar noch von einer andern Seite Licht und Fenster, dann kann soweit vorgebaut werden, daß man noch aus den Fenstern des zweiten Stockwerkes den Himmel sehen kann.
3. Hat er noch von mehreren Seiten Licht und Fenster, so darf der Bauende nur drei Werkschuhe von dem Gebäude des Nachbars wegbleiben.

Dieser Vorschlag wurde von Suarez mit dem Bemerken gebilligt:

> Wenn der Nachbar sich noch auf andere Art helfen kann, so darf eine bloße Unbequemlichkeit oder ein nicht sehr beträchtlicher Nachtheil desselben den Bauenden in dem freien Gebrauche seines Eigenthums nicht hindern. Wenn also durch den Vorbau das Gebäude des Nachbars, welches just nur von dieser Seite Licht und Fenster hat, demselben ganz unbrauchbar gemacht werden würde, so wäre es offenbar wider die natürliche Billigkeit, wenn dem Bauenden erlaubt sein sollte, um eines bloßen neuen Vortheils willen, den er sich durch den Vorbau erst erwerben will, dem Nachbar den Gebrauch seines Eigenthums ganz zu benehmen.

Auf diese Art wird das gehörige Temperament getroffen; die Rechte des Eigenthümers werden so wenig als möglich eingeschränkt, und es ist doch dafür gesorgt, daß solche nicht zum gänzlichen Ruine des Nachbars gemißbraucht werden können.

Das Ober-Tribunal — Entsch. Band 80 S. 272 — sucht aus diesen Motiven zu beweisen, daß die geringere Beschränkung des § 143 nicht schon dann eintrete, wenn den verdunkelten Behältnissen von einer anderen Seite Licht verschafft werden könne, sondern nur dann, wenn die Lichtöffnungen schon vorhanden seien, sie also bereits genügendes Licht haben. Es faßt die Worte von Suarez: „wenn der Nachbar sich noch auf andere Art helfen kann, so darf eine bloße Unbequemlichkeit 2c.," dahin auf, daß der Nachbar sich mit dem ihm von anderer Seite zu Theil werdenden Lichte behelfen und sich in den damit verbundenen Nachtheil schicken müsse. Es meint, nach der Absicht des Gesetzgebers müsse allein der gegenwärtige Besitzstand entscheiden, da die Frage der Möglichkeit der Anschaffung von Licht oft schwer zu entscheiden sei, und dem Fensterbesitzer, welcher durch Verjährung ein jus quaesitum habe, nicht angesonnen werden könne, die Kosten der Anlage zu tragen.

Diese Auslegung scheint mir weder mit den Worten noch mit dem Gedankengange der mitgetheilten Motive vereinbar. Wenn man von Jemand sagt, er könne sich noch auf andre Art helfen, so ist damit deutlich ausgedrückt, daß man ihm irgend eine eingreifende Thätigkeit, die Herstellung von Einrichtungen zumuthet, welche dem eingetretenen Uebelstande abhelfen. Wer sich bloß an dem bereits vorhandenen Zustande genügen läßt, der hilft sich nicht auf andre Art, sondern der behilft sich mit dem, was bereits da ist. Ohne den Worten Zwang anzuthun, kann man also Suarez Worte nur dahin auffassen, daß, wenn der Nachbar sich noch auf andre Art das nothdürftige Quantum Licht verschaffen kann, die damit verbundene Unbequemlichkeit und der dadurch veranlaßte nicht unerhebliche Kostenaufwand keinen genügenden Grund abgeben könnten, die Freiheit des nachbarlichen Eigenthums zu beschränken.

Dieser Gedanke entspricht auch vollkommen der Natur der Sache und den anderweit vom A.L.R. über die Belastung freien Eigenthums ausgesprochenen Grundsätzen. Aus der Natur des Eigenthums folgt,

daß es Sache desjenigen ist, der sich ein Haus baut, dafür zu sorgen, daß demselben das erforderliche Licht erhalten bleibt. Sein Nachbar hat dazu keine Verpflichtung. Wenn er also Fenster gerade nach des Nachbars Seite anlegt, während sein Gebäude andere dem Lichte zugängliche Seiten hat, wo er Fenster anlegen konnte, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn er durch Verbauung der Fenster genöthigt wird, solche nach einer andern Seite auszubrechen. Eine Beschränkung des Nachbars zu seinen Gunsten läßt sich nach A.L.R. I. 22 § 3 nur rechtfertigen, wenn ein wirklicher Nothstand vorliegt, d. h. wenn er sich auf andre Weise zu helfen außer Stande ist und ihm sein Gebäude durch das Verbauen der Fenster gänzlich unbrauchbar gemacht werden würde.

Wenn Suarez die Nothwendigkeit, nach andrer Seite Fenster auszubrechen, als eine Unbequemlichkeit und einen nicht sehr beträchtlichen Nachtheil bezeichnet, so ist das sicherlich vollkommen zutreffend. Dagegen ist es garnicht denkbar, daß er sagen konnte, durch diese Nothwendigkeit werde das ganze Gebäude völlig unbrauchbar gemacht und der Nachbar, welcher eine schwere Belastung seines Eigenthums aus dem Grunde ablehne, weil der Hausbesitzer sich garnicht in einem Nothstande befinde, da er sich mit einigem Kostenaufwande das erforderliche Licht auch von andern Seiten verschaffen könne, mißbrauche offenbar gegen die natürliche Billigkeit sein Eigenthumsrecht zum völligen Ruine des Nachbars. Wie vollends Suarez dazu gekommen sein sollte, von völliger Unbrauchbarkeit des ganzen Gebäudes zu sprechen und dem Nachbar eine zwar geringere, aber doch noch immer sehr lästige Beschränkung selbst in dem Falle aufzulegen, wenn das verbaute Gemach noch von andrer Seite Fenster bereits hat, also genügend hell sein muß, ist durchaus unerfindlich. Dem widerspricht auch seine eigene Aeußerung, selbst wenn man sie so auffaßt wie das Ober-Tribunal. Denn er sagt ja ausdrücklich, wenn das Gebäude noch von einer andern Seite Licht habe, dann könne eine Unbequemlichkeit und ein nicht beträchtlicher Nachtheil die Beschränkung des Nachbars in dem freien Gebrauche seines Eigenthums nicht rechtfertigen. Und gleichwohl soll er ihm eine solche im § 143 aufgelegt haben!

Meines Erachtens ergeben die Motive zur Evidenz, daß die Redaktoren des A.L.R. bei Abfassung der §§ 142 und 143 von ganz klaren Anschauungen ausgegangen und bedacht gewesen sind,

die Freiheit des Eigenthums zu wahren, soweit nicht seine Beschränkung durch einen wahren Nothstand des Nachbars absolut geboten war. Von einem solchen kann aber selbstverständlich überhaupt niemals die Rede sein, wenn die Behältnisse, deren Fenster verbaut werden, noch genügendes Licht behalten oder ihnen dasselbe anderweit ohne sehr erheblichen Kostenaufwand verschafft werden kann. In diesem Falle darf also überhaupt eine Beschränkung des Nachbars nicht eintreten. Liegt dagegen der entgegengesetzte Fall vor, so ist zu unterscheiden, ob das ganze Gebäude nur diese eine dem Lichte zugängliche Seite hat oder noch eine zweite oder noch mehrere. Eigentlich kann man nur in dem ersten Falle behaupten, — also wenn das Gebäude von allen drei übrigen Seiten bereits so eingebaut ist, daß es ganz verfinstert werden würde, wenn auch die letzte verbaut würde, — daß das ganze Gebäude unbrauchbar gemacht und der völlige Ruin des Nachbars herbeigeführt werden würde. Denn dadurch, daß es nicht möglich ist, einzelnen Behältnissen Licht zuzuführen, wird das ganze Gebäude nicht unbrauchbar. Indessen kann doch die Brauchbarkeit des Gebäudes in sehr hohem Grade beeinträchtigt werden, wenn es außer der nach dem Nachbar zu gelegenen Seite nur noch eine freie Seite hat, an der Fenster mit Erfolg angelegt werden können, besonders wenn dies gerade eine der schmäleren Seiten sein sollte. Deshalb läßt sich in diesem Falle die Auflegung einer geringeren Beschränkung des Nachbargrundstücks rechtfertigen.

Hat dagegen das Gebäude noch zwei freie Seiten, an welchen Fenster angelegt werden können, so kann von gänzlicher Unbrauchbarkeit sicher nicht die Rede sein. Die meisten Häuser in Berlin haben nur zwei dem Lichte frei zugängliche Seiten, eine nach der Straße und eine nach dem Hofe, aber noch nie ist es wohl Jemandem in den Sinn gekommen zu behaupten, daß sie deshalb gänzlich unbrauchbar seien, und daß dieser Umstand den völligen Ruin ihrer Eigenthümer bedinge. Viel ungünstiger ist die Lage der Hauseigenthümer in den Ostseestädten — z. B. in Danzig, wo fast alle Häuser sehr hoch sind, mit einem schmalen Giebel nach der Straße stehen und bei bedeutender Tiefe an den beiden Langseiten dicht verbaut sind. Hier ist es meistentheils unmöglich, den mittleren Räumen der unteren Stockwerke noch genügendes Licht zuzuführen. Gleichwohl läßt sich nicht behaupten, daß alle diese Häuser gänzlich unbrauchbar sind.

Aus alle dem ergiebt sich, daß von irgend einer Beschränkung des Nachbars überhaupt nur dann die Rede sein kann, wenn den Behältnissen, deren Fenster verbaut werden sollen, von anderer Seite kein Licht verschafft werden kann. In diesem Falle sind aber wieder zwei Grade des Nothstandes zu unterscheiden, nämlich:

1. auch das ganze Gebäude hat nur von dieser Seite Licht,
2. das Gebäude hat wenigstens noch eine andere frei gelegene Seite.

Dies ist die in den Motiven entwickelte Theorie und dieselbe hat meines Erachtens auch im Gesetz einen vollkommen klaren Ausdruck gefunden. Denn es lautet:

> § 142. Sind jedoch die Fenster des Nachbars, vor welchen gebaut werden soll, schon seit 10 Jahren oder länger vorhanden, und die Behältnisse, wo sie sich befinden, haben nur von dieser Seite Licht, so muß der neue Bau so weit zurücktreten, daß der Nachbar noch aus den ungeöffneten Fenstern des unteren Stockwerkes den Himmel erblicken könne.
>
> §. 143. Hat in diesem Falle das Gebäude des Nachbars, in welchem die Fenster sich befinden, noch von einer anderen Seite Licht, so ist es genug, wenn der neue Bau nur soweit zurücktritt, daß der Nachbar aus den ungeöffneten Fenstern des zweiten Stockwerks den Himmel sehen könne.

Daß hiernach beide §§ voraussetzen, daß die Behältnisse, deren Fenster verbaut werden sollen, nur von der Nachbarseite Licht haben, würde selbst dann unzweifelhaft sein, wenn in dem § 143 die Worte „in diesem Falle" fehlten. Denn der Umstand, daß in dem § 142 der Ausdruck „Behältnisse", in dem § 143 aber der Ausdruck „Gebäude" gebraucht wird, setzt beide §§ in einen Gegensatz, der klar macht, daß der § 143 sagen will: Haben zwar die Behältnisse nur von der Nachbarseite, das ganze Gebäude aber noch von einer andern Seite Licht, dann tritt die geringere Beschränkung ein. Um aber jede Möglichkeit eines Zweifels abzuschneiden, hat der Gesetzgeber zum Ueberfluß noch die Worte „in diesem Falle" in den § 143 aufgenommen. Umgekehrt folgt aus § 143, daß der § 142 im Gegensatze zu demselben die Voraussetzung haben muß, daß das ganze Gebäude von keiner anderen als der Nachbarseite Licht hat.

Die große Vorsicht und Klarheit, mit der das Gesetz gefaßt ist, hat gleichwohl nicht verhindert, daß beinahe ein Jahrhundert lang eine Theorie unangefochten geherrscht hat, die sehr wesentlich von der des Gesetzes verschieden ist. Bei der Klarheit des letzteren kann dieselbe selbstverständlich auf einer Auslegung überhaupt nicht beruhen. Und das ist auch in der That nicht der Fall, da sie sich vielmehr auf eine Emendation des Textes des § 143 stützt, zu deren näherer Begründung die ganze umfangreiche Literatur dieser Lehre auch nicht ein Wort beibringt. Letzteres ist auch ganz natürlich, da, wenn man versucht hätte, die Emendation zu rechtfertigen, man mit Nothwendigkeit auf ihre gänzliche Unzulässigkeit und auf den wahren Sinn der §§ 142 und 143 hätte geführt werden müssen.

Das Ober-Tribunal sagt nämlich — Entsch. Band 45 S. 68 —, der Inhalt des § 143 ergebe ganz unzweideutig, daß die darin getroffene Bestimmung dann zur Anwendung kommen solle, wenn die Behältnisse noch von einer andern Seite Licht haben, und es folgert daraus, daß die Worte, „in diesem Falle" nicht korrekt seien. Wäre die Prämisse richtig, dann wäre diese Folgerung ganz zutreffend. Denn jene Worte können sich unmöglich bloß auf die erste Voraussetzung des § 142, nämlich 10jähriges Dasein der Fenster, beziehen, da sie sonst lauten müßten „in jenem Falle". Müssen sie aber nothwendig auf die zweite Voraussetzung bezogen werden, dann sagen sie deutlich, daß auch der § 143 von dem Falle spricht, wenn die Behältnisse von keiner andern Seite Licht haben, müssen also nothwendig gestrichen oder verändert werden, wenn der übrige Inhalt des § 143 ganz unzweifelhaft ergiebt, daß er von dem entgegengesetzten Falle spricht. Die Prämisse des Ober-Tribunals ist aber faktisch unrichtig, da der übrige Inhalt des § 143 ganz unzweideutig nicht von dem Falle spricht, wenn die Behältnisse, sondern von dem, wenn das Gebäude noch von andrer Seite Licht hat. Man muß also erst eine Textveränderung — nämlich Umwandlung des Wortes „Gebäude" in das Wort „Behältniß" vornehmen, um daraus die Nothwendigkeit einer zweiten Emendation, nämlich Streichung oder Veränderung der ganz entscheidenden Worte „in diesem Falle" herzuleiten.

Es kann wohl nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß hier von zwei divergirenden Meinungen über die Auslegung des § 143 überhaupt nicht die Rede sein kann, sondern daß die herrschende

Lehre auf einem Versehen beruht, indem man entweder gänzlich übersehen hat, daß der § 142 sich des Ausdrucks „Behältnisse“, der § 143 dagegen des Ausdrucks „Gebäude“ bedient, oder aber sich nicht klar gemacht hat, daß beide Ausdrücke nicht gleichbedeutend sind, daß vielmehr der Wechsel derselben für den Sinn des Gesetzes von der erheblichsten Bedeutung ist, ja daß die §§ 142 und 143 gerade nur durch diesen Wechsel in den Ausdrücken überhaupt einen der Natur der Sache entsprechenden und mit den Motiven und den sonstigen Grundsätzen des A.L.R. übereinstimmenden Sinn erhalten.

Zu wie verschiedenen praktischen Resultaten die herrschende Lehre und die hier aufgestellte führen, liegt auf der Hand. Nach der ersteren muß der Nachbar unter allen Umständen mindestens so weit mit seinem Baue zurücktreten, daß der andere aus den Fenstern des zweiten Stockwerks den Himmel sehen kann, und die größere Beschränkung des § 142 ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Behältnisse, vor denen gebaut wird, noch von anderer Seite bereits Licht und Lichtöffnungen haben. Nach der letzteren ist von einer Beschränkung überhaupt keine Rede, wenn den verdunkelten Behältnissen noch von andrer Seite Licht geschafft werden kann, und auch im entgegengesetzten Falle niemals dann, wenn das ganze Gebäude außer der Nachbarsseite noch zwei oder drei freigelegene Seiten hat, an welcher Fenster angebracht werden können. Denn dies folgt daraus, daß der § 143 nicht sagt: „Hat das Gebäude noch andre freie Seiten“, sondern: „hat das Gebäude noch eine andre freie Seite“, da bei der hier anzuwendenden strikten Auslegung die Anwendung des argumentum e contrario geboten ist. Es folgt aber auch aus der Natur der Sache, da von einem Nothstande und völliger Unbrauchbarkeit des ganzen Gebäudes keine Rede sein kann, wenn dies noch zwei freie Seiten behält. Die Absicht des Gesetzgebers in dieser Beziehung ist aber auch in den Motiven mit der größten Klarheit ausgesprochen, da dieselben ausdrücklich hervorheben, daß, wenn das Gebäude noch von mehreren Seiten Licht hat, der Bauende nur 3 Werkschuhe von dem Gebäude zurückzubleiben brauche.

Nach der hier geltend gemachten Auslegung kann die schwerere Beschränkung des § 142 nur dann eintreten, wenn den verdunkelten Behältnissen von keiner andern Seite Licht zugeführt werden kann und außerdem das ganze Gebäude von allen andern drei Seiten

so eingebaut ist, daß dort Lichtöffnungen mit Erfolg nicht angebracht werden können. Es leuchtet ein, daß dieser Fall in der Praxis fast nie vorkommen wird. Aber auch der § 143 wird nur selten zur Anwendung kommen können, da er voraussetzt, daß außer der Nachbarsseite auch bereits zwei andre Seiten verbaut sind. Die häufigsten Fälle sind die, wo in den Straßen der Städte ein höheres Haus Fenster in den Giebeln hat, und diese durch Erhöhung der Nachbarhäuser verbaut werden, die Gebäude aber nach der Straße und dem Hofe zu freie Seiten haben. In diesen Fällen kann nach dem Gesetze von Anwendung der §§ 142 und 143 keine Rede sein. Ich glaube daher, daß die Behauptung nicht zu gewagt ist, daß in mindestens $^5/_6$ der Fälle, in denen eine Verurtheilung des Verklagten zur Zurückrückung seines Baues erfolgt ist, nach dem wahren Sinne des Gesetzes die Abweisung des Klägers hätte erfolgen müssen.

Daß die Vorschriften der in Rede stehenden Gesetze auch in der hier geltend gemachten Beschränkung ihrer Anwendbarkeit de lege ferenda nicht zu rechtfertigen sind, da namentlich der darin aufgestellte Maßstab für die Ermittelung desjenigen Minimal-Quantums von Licht, welches dem Fensterbesitzer nicht entzogen werden darf, verfehlt ist und in der Praxis zu unüberwindlichen Schwierigkeiten, Zweifeln und Rechtsungleichheiten führt, habe ich in meiner Schrift „Kritik der herrschenden Lehre vom Licht- und Fensterrecht“ — Berlin bei Bahr — des Näheren dargelegt. Wie verlautet, soll auch beabsichtigt sein, in das neue deutsche Gesetzbuch eine ähnliche Legalservitut nicht aufzunehmen. Damit würde dann diese ganze Lehre, welche zu so vielen Kontroversen unter den Juristen und zu den erbittertsten Streitigkeiten und Feindschaften unter den Nachbarn Veranlassung gegeben hat, bald der Rechtsgeschichte angehören, wenn nicht eine Streitfrage existirte, welche ihr ein ewiges Leben zu sichern droht, und die deshalb einer ausführlichen Erörterung bedarf.

Man streitet nämlich darüber, ob die hier in Rede stehende Eigenthumsbeschränkung eine sogenannte Legalservitut ist, oder ob vielmehr der Fensterbesitzer durch ersitzende Verjährung oder einen andern Erwerbsgrund das Recht erwirbt, dem Nachbar das Verbauen der Fenster zu untersagen. Der praktische Unterschied beider Ansichten ist hauptsächlich für den Fall der Aenderung der Gesetzgebung von Wichtigkeit.

In Betreff der Anwendung eines neuen Gesetzes auf Legal-

servituten hat das Ober-Tribunal in einem kürzlich entschiedenen Falle den Grundsatz angenommen:

daß ein neues Gesetz, welches eine Legalservitut, z. B. die in dem § 139 A.L.R. I. 8 in Betreff des interstitium begründete, aufhebt, von dem Appellationsrichter in Anwendung gebracht werden muß, wenn es auch erst nach Erlaß des ersten Erkenntnisses publizirt worden ist.

Diese Entscheidung ist vollkommen gerechtfertigt. Man muß sogar noch weiter gehen und behaupten, daß selbst wenn über eine solche Servitut durch rechtskräftiges Urtheil oder Vergleich etwas festgesetzt ist, das dadurch begründete Rechtsverhältniß durch das neue Gesetz modifizirt werden kann. — cf. Savigny, System Band 8, S. 519. — Denn die gesetzlichen Bestimmungen über die Legalservituten, selbst wenn dieselben zum Besten des Nachbars gereichen, verleihen diesem nicht ein Recht, welches mit einem durch einen speziellen Rechtstitel begründeten jus quaesitum gleichen Karakter hat. Dieselben verhalten sich nicht über rechtliche Thatsachen, durch welche ein Privatrecht erworben wird, sondern sie bestimmen das Dasein und den Umfang von Rechten, indem sie die Befugniß des einen Nachbars, sein Eigenthum zu benutzen, in bestimmter Weise begrenzen, die des andern aber entsprechend erweitern. Wird eine solche Bestimmung aufgehoben oder modifizirt, so ändern sich allerdings die Befugnisse der benachbarten Eigenthümer für die Zukunft, aber es läßt sich gleichwohl nicht behaupten, daß damit die Herrschaft des neuen Gesetzes auch über die Vergangenheit ausgedehnt werde. Der Nachbar, welcher eine solche Legalservitut geltend macht, kann sich nicht auf rechtserwerbende Thatsachen beziehen, welche abgeschlossen in der Vergangenheit liegen, sondern nur auf das gegenwärtig geltende Gesetz. Findet er in diesem keine Stütze mehr, so kann er auch kein Recht mehr daraus herleiten.

Anders wenn ein Gesetz die Thatsache betrifft, durch welche bestimmte Rechte erworben werden. Hier handelt es sich um ein jus quaesitum, dessen Erwerbungsgrund abgeschlossen in der Vergangenheit liegt, und es würde daher eine Ausdehnung des Herrschgebietes des neuen Gesetzes über diese involviren, wenn man ihm einen das jus quaesitum modifizirenden Einfluß vindiziren wollte. cf. Savigny, System Band 8, S. 373 ff. u. 529 ff.

Hieraus erhellt die große praktische Wichtigkeit der Frage, ob

die §§ 142 und 143 eine Legalservitut begründen, oder ob sie eine Regel über den Erwerb eines Untersagungsrechts eines Nachbars gegen den andern aufstellen. Es sind in dieser Beziehung verschiedene Ansichten geltend gemacht.

Koch meint, daß wenn der Nachbar sich gegenüber der vollendeten Fensteranlage 10 Jahre passiv verhalte, das Gesetz annehme, er sei mit der Belastung seines Eigenthums einverstanden. Hiernach ist also der Entstehungsgrund der Servitut Konstituirung derselben seitens des Eigenthümers des dienenden Grundstücks vermittelst stillschweigender Willenserklärung. Die Freiheit des Eigenthums soll daher gewahrt werden durch eine gerichtlich zu insinuirende und in das Hypothekenbuch einzutragende Protestation, oder auch durch Handlungen, welche ohne Worte klar machen, daß der Eigenthümer mit der Konstituirung einer Servitut nicht einverstanden sei — z. B. durch Ziehung einer Bretterwand vor den eröffneten Fenstern. Warum nicht jede formlose Willenserklärung, welche die Belastung ablehnt, genügen soll, ist nicht erfindlich. Ueberhaupt aber stehen der Koch'schen Ansicht die erheblichsten Bedenken entgegen. Nach § 6 A.L.R. I. 4 gilt bloßes Stillschweigen nur dann für Einwilligung, wenn der Schweigende vermöge der Gesetze zu einer Erkärung verpflichtet war. Will also das Gesetz an das bloße Unterlassen oder Stillschweigen den Verlust eines Rechts knüpfen, so muß es deutlich sagen, was der Bedrohte zu thun oder zu sagen habe, um denselben abzuwenden. Dem entsprechen auch die Vorschriften der §§ 126 und 247 Tit. 13, §§ 133 und 336 Tit. 11, § 59 Tit. 6 und § 43 Tit. 22 A.L.R. Th. I. — Namentlich bezeichnet das letztere Gesetz ausdrücklich stillschweigende Einwilligung als den Erlöschungsgrund einer Servitut, wenn der Berechtigte wissentlich geschehen läßt, daß in der verpflichteten Sache Einrichtungen getroffen werden, welche die Ausübung seines Rechts geradezu unmöglich machen, und sagt damit ganz deutlich, daß er widersprechen muß, um den Verlust abzuwenden. Hier hat der Berechtigte auch die dringendste Veranlassung zum Widerspruch, da in sein Recht eingegriffen wird, ja er würde sich sogar einer dolosen Handlungsweise schuldig machen, wenn er den Andern kostspielige bauliche Anlagen stillschweigend vollenden ließe und nachher deren Beseitigung forderte.

Der § 142 aber sagt nicht ein Wort davon, daß der Eigen-

thümer der dienenden Sache irgend etwas zu erklären verpflichtet sei, daß aus seinem Stillschweigen irgend eine rechtliche Folge erwachsen solle. In sein Recht wird durch Anlage der Fenster in keiner Weise eingegriffen, er kann derselben nach § 138 A.L.R. I. 8 nicht widersprechen, hat also zu einem solchen Widerspruch auch keine Veranlassung. Aus seiner Passivität zu folgern, daß er in die Belastung seines Grundstücks einwillige, erscheint also ganz ungerechtfertigt. Uebrigens geht auch aus dem Umstande, daß der ursprüngliche Entwurf des Gesetzes nur ein dreijähriges Dasein der Fenster verlangte, dafür aber ausdrücklich vorschrieb, daß die Belastung durch Protest abgewendet werden könne, daß demnächst aber unter Verlängerung der Frist auf 10 Jahre die Vorschrift wegen des Protestes weggelassen wurde, zur Genüge hervor, daß nach dem Willen des Gesetzgebers die Belastung nicht durch Protesterhebung, sondern nur durch das Bebauen des Grundstücks sollte abgewendet werden können.

Die Koch'sche Ansicht hat sich denn auch keinen Eingang in die Praxis zu verschaffen vermocht. Die herrschende Ansicht geht vielmehr dahin, daß die 10jährige Frist des § 142 eine Verjährungsfrist, und der Erwerbsgrund der Servitut die ersitzende Verjährung sei. Diese vom Ober-Tribunal — Entsch. Band. 51 S. 75 — angenommene Meinung ist von Foerster, Theorie und Praxis III. S. 153 — und Dernburg, Lehrbuch § 221 Note 10 — gebilligt. — In der gedachten Entscheidung des Ober-Tribunals wird daraus zu Gunsten des belasteten Eigenthümers hergeleitet, daß er auf Grund des § 603 A.L.R. I. 9 die Freiheit seines Grundstückes durch Eintragung einer Protestation in das Grundbuch auf das benachbarte Grundstück wahren könne. In einer neuerlich ergangenen Entscheidung hat es diese Theorie aber auch zu Ungunsten des belasteten Grundstücks durch Annahme des Satzes in Anwendung gebracht:

> Dem Fensterbesitzer steht nach Ablauf der 10jährigen Frist ein auf Verjährung durch Besitz beruhendes jus quaesitum zu, auf welches ein neues die §§ 142 und 143 A.L.R. I. 8 aufhebendes Gesetz keine Anwendung findet.

Ich vermag diese Ansicht für zutreffend nicht zu erachten. Zunächst ist nicht verständlich, wie der Gesetzgeber, wenn er eine Vorschrift über den anomalen Erwerb einer Servitut durch Ersitzung

hätte geben wollen, dazu gekommen sein sollte, dieselbe unter die Bestimmungen über die gesetzlichen Einschränkungen des Eigenthums zu stellen, während sie doch in die Lehre vom Erwerb der Servituten durch Ersitzung gehört hätte. Durch diese Stellung sowohl wie auch noch ausdrücklich durch § 1 A.L.R. Th. I. Tit. 22 hat der Gesetzgeber die Bestimmungen der §§ 142 und 143 Th. I. Tit. 8 eod. selbst als gesetzliche Einschränkungen bezeichnet.

Der einzige Umstand, welcher zu der gegentheiligen Ansicht überhaupt Veranlassung geben konnte, ist die Voraussetzung des 10jährigen Vorhandenseins der Fenster für die Wirksamkeit der Legalservitut. Nun ist aber nicht erfindlich, in wiefern es dem Wesen einer gesetzlichen Servitut widersprechen sollte, wenn ihre Wirksamkeit von dem Vorhandensein gewisser thatsächlicher Momente abhängig gemacht wird. Die gesetzlichen Beschränkungen der §§ 125, 127 und 139 setzen auch voraus, daß der begünstigte Nachbar Gebäude in geringerer Entfernung als 3 Werkschuhe von der Grenze errichtet hat, aber deshalb wird man diese Errichtung nicht als den Erwerbsgrund des Servitutsrechts bezeichnen können.

Ebensowenig ist es dem Wesen einer Legalservitut widersprechend, daß ihre Wirksamkeit von der Dauer eines bestimmten faktischen Zustandes während einer gewissen Zeit abhängig gemacht wird. Daraus allein läßt sich noch nicht folgern, daß der Gesetzgeber nicht eine Legalservitut habe konstituiren, sondern eine Verordnung über den Erwerb eines Rechts durch Ersitzung habe geben wollen. Uebrigens ist die Annahme auch unrichtig, daß eine Beschränkung des nachbarlichen Eigenthumsrechts erst mit dem Ablaufe der 10jährigen Frist eintrete. Eine solche besteht für alle Grundstücke vielmehr vom Augenblicke der Geltung des Gesetzes an, und tritt auch in dem Momente der Anlegung nachbarlicher Fenster nach der Grenze zu bereits in eine sehr praktische Wirksamkeit. Daß ein Grundstück auf Grund speziellen Titels mit irgend einer Beschränkung belegt werde, kann jeder Eigenthümer verhüten. Nach § 138 A.L.R. I. 8. aber ist kein Nachbar den andern zu hindern im Stande, Fenster an der Grenze nach seinem Grundstücke zu auszubrechen. Dadurch wird aber jener in die Nothwendigkeit versetzt, entweder innerhalb 10 Jahren die Fenster zu verbaueu, oder aber sich künftig das Verbauen derselben gänzlich untersagen zu lassen. Daß damit auch schon vor Ablauf der 10 Jahre die Freiheit des Eigenthums in der

erheblichsten Weise beschränkt ist, wird sich nicht in Abrede stellen lassen. Grund dieser Beschränkung ist aber allein das Gesetz. Nach Ablauf der 10 Jahre tritt freilich eine noch größere Beschränkung ein, wenn sich der Eigenthümer nicht der bisher bereits bestehenden unterwirft und durch Bauen den Eintritt der größeren abwendet, was ihm unter Umständen eine sehr drückende Last sein kann.

Nun sagt freilich der § 500 A.L.R. I. 9:

> Wenn durch den Ablauf einer bestimmten Zeit, wegen unterlassener Ausübung gewisser Rechte, eine Veränderung an diesen Rechten vermöge der Gesetze entsteht, so ist eine Verjährung vorhanden.

Allein es ist von der Wissenschaft und Praxis längst anerkannt, daß dieser aus der zur Zeit der Abfassung des A.L.R. herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin über die Verjährung hervorgegangene Versuch, die verschiedenen Arten des Erwerbes oder Untergangs von Rechten durch Verjährung unter einen allgemeinen einheitlichen Begriff zu bringen, für gänzlich verfehlt und daher für eine reine Abstraktion ohne alle praktische Bedeutung zu erachten ist. Höchstens ist daraus zu folgern, daß man nach A.L.R. die Frist des § 142 I. 8 eine Verjährungsfrist im weiteren Sinne nennen kann, keineswegs aber, daß dieser § von der Verjährung im engeren Sinne, insbesondere von dem Erwerb einer Servitut durch Ersitzung spreche.

Um dies annehmen zu können, genügt es nicht, daß die Veränderung von Rechten an das Bestehen eines faktischen Zustandes während einer gewissen Zeitdauer geknüpft wird, wie das in den Gründen des Plenarbeschlusses vom 6. Dezember 1858 — Entscheid. Band 40 S. 1 ff. — in gründlicher und erschöpfender Weise dargelegt ist, sondern es kommt darauf an, ob die sonst in den Gesetzen aufgestellten wesentlichen Erfordernisse dieser Erwerbsart vorhanden sind. Das ist aber offenbar nicht der Fall.

Die den § 500 A.L.R. I. 9 folgenden Bestimmungen beweisen klar, daß der dort aufgestellte Begriff auf die Ersitzung gar nicht paßt. Denn nach § 502 eod. genügt der bloße Nichtgebrauch eines Rechts nur zur Aufhebung dieses Rechts; wenn dagegen ein Dritter ein neues Recht erwerben soll, so ist nach § 503 eod. der Besitz und die Ausübung dieses Rechts seitens des Erwerbenden erforderlich.

Es kommt also auf eine Untersuchung an, welcher Art das Recht ist, welches der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks

erwerben soll, und ob er sich während der 10 Jahre im Besitz desselben befunden hat.

Ließe sich in der Anlage von Fenstern nach der Grenze des nachbarlichen Grundstücks zu ein Eingriff in die Rechtssphäre des Nachbars denken, dann würde in dieser Anlage allerdings die Besitzergreifung eines negativen Rechts liegen. In einzelnen deutschen Partikularrechten findet sich auch die Auffassung, daß man durch solche Anlage den Luftraum über dem nachbarlichen Grundstücke in Gebrauch nehme, theils dadurch, daß man denselben mit den Augen durchmesse, theils dadurch, daß man aus demselben Luft und Licht in die Fenster aufnehme. Die Konsequenz dieser Ansicht ist, daß der Nachbar die Anlage solcher Fenster untersagen kann, und daß, wenn er den Eingriff gleichwohl während rechtsverjährender Zeit duldet, der Andere eine Servitut erwirbt. Dies beruht aber auf positiven Vorschriften einzelner Partikularrechte, und es läßt sich keineswegs behaupten, daß diese Rechtsanschauung im deutschen Privatrechte die vorherrschende sei.

Fahne in seinem „Fenster- und Lichtrecht" sucht dieser Auffassung allerdings einen allgemeinen Karakter zu vindiziren. Er erklärt die Lichtschöpfungsdienstbarkeit für eine affirmative Servitut (a. a. O. S. 20), durch welche das Recht, die Baufreiheit des Nachbars zu beschränken, zugleich miterworben werde. Sogar die römischen Juristen sollen die Sache so aufgefaßt haben. Er bezieht sich auf den Ausspruch Ulpians in lex 8 § 5 D. 8, 5:

> in suo enim alicui hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat —

und meint, man könne von einem Fenster ebensogut wie von einem Rauch immittirenden Schornsteine sagen, daß es Luft, Licht und Dünste ein- und auslasse. Aus lex 12 D. 8, 6:

> etsi aqua per rivum sua sponte perfluxit, jus aquae ducendae retinetur —

folgert er, daß, wie man durch Anlegung eines Wasserkanals das Wasserleitungsrecht erwerbe und behalte, obgleich das Wasser sua sponte fließe, man ebenso durch Anlegung von Fenstern das Lichtrecht erwerbe.

Besonderes Gewicht legt Fahne auf lex 10 D. 8, 2, in welcher Scaurus beim Marcellus anfragt, ob der Erbe befugt sei, durch Erhöhung seines Hauses die Gemächer eines legirten Hauses

zu verdunkeln, und ob in dieser Beziehung zu unterscheiden sei, ob das erhöhete Haus zur Erbmasse gehöre oder anderweit Eigenthum des Erben sei. Marcellus antwortet:

> Non dubium est, quin heres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium. . . . Sed ita officere luminibus et obscurare legatas aedes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione.

Zur Erklärung dieser Stelle sagt Fahne:

> Hier darf der Erbe die Häuser verdunkeln, d. h. das Licht für die Fenster vermindern; denn sie besitzen die servitus, ne luminibus officiatur nicht; — aber nur verdunkeln ist erlaubt, denn einiges Licht muß ihnen immer noch bleiben, weil Fenster da sind.

Durch diese Unterscheidung zwischen dem bloßen Vermindern des Lichts (obscurare lumina oder officere luminibus) und dem gänzlichen Entziehen alles Lichtes (penitus recludere lumina) sucht Fahne die Entscheidung des Marcellus mit dem sehr entschiedenen Ausspruche Ulpians in der lex 9 (8, 2):

> cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio —

in Uebereinstimmung zu bringen. Beide Juristen sollen nur das erstere erlauben, das zweite aber verbieten, auch wenn keine Servitut konstituirt ist.

Diese Ausführung beruht indeß auf einem Mißverständnisse der Entscheidung des Marcellus, dem Fahne den Entscheidungsgrund „weil Fenster da sind" ganz willkürlich unterschiebt, da dessen Entscheidung nicht ein Wort davon enthält. Daß in der That das bloße Dasein der Fenster nicht für entscheidend erachtet ist, geht aus der Stelle klar hervor. Denn wozu hätte es sonst der ausführlichen Auseinandersetzung bedurft, daß es sich um Verdunkelung eines legirten Hauses und zwar gerade durch den Erben handele? Und welchen Sinn hätte der angeregte Zweifel, ob es einen Unterschied mache, wenn der Erbe ein nicht zur Erbmasse gehöriges Haus, sondern ein ihm sonst gehörendes erhöht? Die Verpflichtung des Erben, dem legirten Hause soviel Licht zu lassen, daß es zum Gebrauch bei Tage nicht gänzlich untauglich werde, wird hier nicht aus einem allgemeinen Rechtssatze, sondern allein aus dem vorliegen-

den Rechtsverhältnisse d. h. aus dem Rechte hergeleitet, welches der Legatar durch das Testament gegen den Erben erworben hat. Man kann vernünftiger Weise nicht annehmen, daß der Testator dem Legatar hat ein Haus vermachen wollen, das er nicht brauchen kann. Aus dem Testamente erwächst daher für den Erben die Verpflichtung, dem Legatar ein benutzbares Haus zu gewähren, also alles zu unterlassen, was dieser Verpflichtung zuwiderlaufen würde, weshalb es denn auch für gleichgültig erklärt wird, ob er sein eigenes oder ein zur Erbmasse gehöriges Haus erhöht.

Die gedachte lex 10 beweist also gerade das Gegentheil von dem, was Fahne daraus herzuleiten sucht, nämlich daß im römischen Rechte der Rechtssatz nicht galt, daß, wenn Fenster da sind, der Nachbar gesetzlich gehindert war, ihnen durch Verbauung alles Licht zu entziehen.

Noch weniger aber ist aus irgend einer der von Fahne angezogenen römischen Stellen zu entnehmen, daß die Römer in der bloßen Anlegung von Fenstern an der Grenze die Besitznahme irgend eines Rechts, namentlich des Rechts, Licht und Luft aus dem Raume über dem Nachbargrundstücke zu schöpfen, oder Licht Luft und Dünste in diesen Raum zu immittiren, gefunden haben. Die Vergleichung der Immission von Wasser und Rauch mit der von Licht und Luft durch Anlegung von Fenstern ist so ganz unzutreffend, daß sie einem römischen Juristen niemals in den Sinn kommen konnte. Die Immission verpestender Dünste haben sie auch als einen Eingriff ins Eigenthumsrecht angesehen, aber nicht, weil sie durch angelegte Fenster geschah, sondern weil sie eine Immission darstellte wie das Hinauswerfen von Gegenständen aus einem Fenster. Luft und Licht strömt auch in die unbebauten Theile eines Grundstücks und aus denselben in das des Nachbars und zwar in noch viel höherem Maße als durch Fenster. Aber darin liegt kein Gebrauch des nachbarlichen Luftraums und keine Besitznahme eines Rechts an demselben.

Daß die Fahne'sche Auffassung dem A.L.R. fern liegt, geht aus § 137 und § 138 Th. I Tit. 8 klar hervor, welche die Anlage von Luft- und Lichtöffnungen in einer unmittelbar an der Grenze stehenden Wand für eine aus dem Eigenthumsrechte fließende res merae facultatis erklären, aber mit Rücksicht darauf, daß dergleichen Oeffnungen leicht zu wirklichen Immissionen Veranlassung geben,

gewisse Beschränkungen anordnen. Als Besitznahme des nachbarlichen Luftraums oder eines negativen Rechts im Sinne des § 81 A.L.R. I. 7 wird also die Anlage von Fenstern jedenfalls nicht aufgefaßt.

Das Recht, welches dem Fensterbesitzer nach Ablauf von 10 Jahren zustehen soll, kann vielmehr nur ein Untersagungsrecht sein. Der Besitz eines solchen wird aber nach den klaren Vorschriften der §§ 86 Tit. 7 und 503—507 A.L.R. I. 9 nur dadurch erworben, daß der Eigenthümer des zu belastenden Grundstücks zu handeln, also hier zu bauen unternimmt und auf Verbot des andern davon absteht. Die bloße Anlage von Fenstern kann den Besitz eines solchen Rechts selbstverständlich nicht begründen. Vor Ablauf der 10jährigen Frist kann es dem Fensterbesitzer nicht in den Sinn kommen, dem Nachbar das Verbauen der Fenster zu untersagen, da ihm ein solches Recht gesetzlich unzweifelhaft nicht zusteht. Aus der bloßen Anlegung der Fenster kann also auch unmöglich erhellen, daß er diese Handlung in der Meinung vorgenommen hat, daß ihm ein solches Untersagungsrecht wirklich zustehe. Er kann vielmehr, wenn er nicht durch wirkliche Besitznahme des Untersagungsrechts das Gegentheil an den Tag legt, nur den animus haben, nach Ablauf von 10 Jahren, falls der Nachbar bis dahin die Fenster nicht bebaut haben sollte, demselben deren Verbauung zu untersagen. Am corpus des Besitzes fehlt es gänzlich, und dieser animus ist zum Erwerbe des Besitzes eines Untersagungsrechts offenbar auch ganz ungeeignet.

Das Wesen der erwerbenden Verjährung erfordert zweierlei, nämlich Nichtausübung seines Rechts seitens des bisherigen Berechtigten und Ausübung des neu zu begründenden seitens des Erwerbenden — §§ 500 und 503 A.L.R. I. 9. — Das ganze Institut wird hauptsächlich durch die Erwägung gerechtfertigt, daß der sein Recht dadurch Verlierende diesen Verlust seiner eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben habe — cf. Savigny, System Band 4 S. 305. — Nun ist aber nicht erfindlich, wie man von demjenigen, welcher sich im vollen Besitze und in der Benutzung seines Grundstücks befindet, behaupten kann, daß er sein Eigenthumsrecht nicht ausübe. Daß er es nicht gerade durch Bebauung, sondern auf andere Weise nutzt, kann ihm unmöglich zum Vorwurf gereichen, da dies sein gutes Recht ist, er sich vielleicht auch garnicht in der Lage befindet, einen

Bau aufführen zu können. Von einem besondern Baurechte des Eigenthümers kann überhaupt immer erst dann die Rede sein, wenn ein solches durch Ablösung von den allgemeinen im Eigenthume liegenden Befugnissen zur Selbständigkeit erhoben ist, sei es, daß eine Servitut bestellt oder daß wenigstens der Besitz einer solchen von einem Dritten erworben ist. Läßt der Eigenthümer einen solchen Besitz ins Leben treten und unangefochten während der Verjährungszeit fortbestehen, dann erst kann davon die Rede sein, daß er sein Baurecht nicht ausgeübt und sich einer Nachlässigkeit schuldig gemacht habe.

Wenn daher der § 142 A.L.R. I. 8 vorschreibt, daß 10 Jahre nach Anlegung der Fenster eine Beschränkung der Baufreiheit des Nachbars eintrete, so ist in der That nicht einzusehen, wodurch die Annahme gerechtfertigt werden sollte, daß es sich hier nicht um Einführung einer wirklichen Legalservitut, die aber erst nach einem terminus a quo ins Leben treten soll, sondern um Begründung einer anomalen Erwerbsart eines Untersagungsrechts durch ersitzende Verjährung handle, da es doch nicht bloß, wie Dernburg sagt, an bona fides und einem Titel, sondern an allen Erfordernissen der Ersitzung fehlt. Weder Dernburg noch Foerster bringen denn auch für ihre Behauptung irgend eine nähere Begründung bei.

Nur das Ober-Tribunal läßt sich — Entsch. Band 51 S. 75 — auf eine ausführlichere Motivirung ein. Es sagt:

> Fragt man nun, wodurch ist diese Aenderung in den Eigenthumsrechten beider Nachbarn entstanden, so giebt es keine andere Antwort als: lediglich durch den Ablauf der Zeit. Hiernach karakterisirt sich die Quelle, aus welcher für das eine Grundstück eine Verpflichtung, für das andere eine Berechtigung entsteht, als eine Veränderung an Rechten durch den bloßen Ablauf der Zeit, also nach § 500 A.L.R. I. 9 als eine Verjährung.

Diese Behauptungen erscheinen aber nicht zutreffend. Es ist nicht richtig, daß die Aenderung in den Rechten lediglich durch den Ablauf der Zeit herbeigeführt wird, sondern es ist auch noch das Dasein der Fenster während dieser Zeit erforderlich, und das Gesetz knüpft an diese faktischen Voraussetzungen, die an sich nach sonstigen Grundsätzen des A.L.R. zur Veränderung von Rechten nicht ausreichend sein würden, ausnahmsweise die Entstehung einer Legal-

servitut. Die gezogene Schlußfolgerung, daß also nach § 500 A.L.R. I. 9 eine Verjährung vorliege, ist auch nicht gerechtfertigt, da nach diesem Gesetze eine Veränderung an Rechten durch den bloßen Ablauf der Zeit keineswegs als Verjährung karakterisirt wird, sondern nur unter der Voraussetzung, daß die Veränderung wegen unterlassener Ausübung gewisser Rechte eintritt.

Nun übersieht das Ober-Tribunal aber auch, daß nach seinen eigenen Ausführungen in dem Plenarbeschlusse vom 6. Dezember 1858 aus dem Umstande, daß eine Vorschrift über die rechtliche Wirkung eines Zeitablaufs sich unter den allgemeinen Begriff des § 500 cit. bringen läßt, noch nicht gefolgert werden kann, daß sie sich auf irgend einen Fall der wirklichen Verjährung im engern Sinne bezieht. Namentlich auf die ersitzende Verjährung paßt jener Begriff garnicht. Das Ober-Tribunal sagt aber selbst:

> Diese Verjährung ist auf Seite dessen, welcher das Recht erworben hat, eine erwerbende, eine Verjährung durch Besitz.

Daß aber von einer solchen durch bloßen Ablauf der Zeit ohne Besitz der zu erwerbenden Sache oder des zu erwerbenden Rechts keine Rede sein kann, ist ganz selbstverständlich. Diese Schwierigkeit ist denn auch dem Ober-Tribunal in den Weg getreten, es sucht dieselbe aber durch folgende Erwägungen zu beseitigen:

> Allerdings wäre nun weiter zu fragen, in welcher Art der Erwerbende den Besitz des fremden Rechts, welches er durch Verjährung zu akquiriren gedenkt, erwirbt? insbesondere, ob hierzu der Besitz eines Untersagungsrechts gegen seinen Nachbar erforderlich ist? Allein, da nach Ablauf von 10 Jahren das Recht selbst erworben ist, und da der Anfang der Verjährung mit dem Eröffnen der Fenster beginnt, so ist keine andere Annahme möglich, als daß in den speziellen Fällen, in denen die §§ 141—144 I. 8 Anwendung leiden, die bloße Eröffnung der Fenster auf das Nachbargrundstück genügt, um den Besitz zu erwerben, und daß es hierzu des Besitzes eines besondern Untersagungsrechts nicht bedarf.

Zunächst ist der Schluß dieser Ausführung nicht ganz klar, da es zweifelhaft bleibt, was für ein Besitz unter demjenigen gemeint sei, der durch die bloße Eröffnung der Fenster erworben wird, ob der des zu erwerbenden Untersagungsrechts oder irgend ein anderer.

Im ersteren Falle ist schwer zu sagen, wie man sich den Erwerb des Besitzes eines Untersagungsrechts denken soll, zu dem es des Besitzes eines Untersagungsrechts nicht bedarf. Im letzteren Falle aber ist unerfindlich, wie durch den Besitz irgend eines andern Rechts ein bestimmtes Untersagungsrecht soll usukapirt werden können. Es hat vermuthlich gesagt werden sollen, der Besitz des zu erwerbenden Untersagungsrechts werde ausnahmsweise durch die bloße Eröffnung der Fenster erworben, ohne daß es erforderlich sei, daß der Nachbar zu bauen begonnen und auf Verbot davon Abstand genommen habe.

Nun deutet aber der § 142 cit. mit keinem Worte an, daß er eine so exorbitante Ausnahme von der aus der Natur der Sache folgenden Regel des § 86 A.L.R. I. 7 über den Besitzerwerb eines Untersagungsrechts machen wolle, ja er spricht überhaupt garnicht von Besitzerwerb und von Verjährung durch Besitz. Er sagt vielmehr nur, daß 10 Jahre nach Anlegung der Fenster eine Baubeschränkung eintrete. Die Folgerung, welche das Ober-Tribunal macht, daß, weil nach Ablauf der 10 Jahre das Recht entstehe und der Anfang der Frist mit dem Eröffnen der Fenster beginne, keine andere Annahme möglich sei, als daß die §§ 142 und 143 cit. eine ganz monströse Ersitzung einzuführen beabsichtigten, ist ganz unzutreffend, da allerdings noch eine andere Annahme möglich ist, nämlich gerade die, welche das Ober-Tribunal widerlegen will, daß nämlich die 10jährige Frist keine Verjährungsfrist ist, und daß es sich nicht um den Erwerb eines Untersagungsrechts durch Ersitzung, sondern um Sanktionirung einer wirklichen Legalservitut handelt, welche aber erst nach Ablauf einer Frist seit Eröffnung der Fenster wirksam werden soll. Wenn feststände, daß die Absicht des Gesetzgebers dahin gegangen sei, als Erwerbsgrund der Servitut die Verjährung durch Besitz hinzustellen, dann allerdings wäre keine andere Annahme möglich, als daß der Gesetzgeber die bloße Eröffnung der Fenster zur Begründung des Besitzes eines Untersagungsrechts für genügend erachtet habe. Jene Prämisse soll aber gerade erwiesen werden, und das kann nicht dadurch geschehen, daß man eine rechtlich ganz unmögliche Schlußfolgerung aus ihr zieht. Vielmehr scheint die gegentheilige Schlußfolgerung logisch und rechtlich begründet, daß, da der Gesetzgeber die Entstehung der Eigenthumsbeschränkung lediglich an den 10jährigen Bestand der Fenster knüpft, dieser aber keinen Besitz

eines Untersagungsrechts, mithin auch keine Ersitzung eines solchen begründen kann, die 10jährige Frist keine Verjährungsfrist ist, es sich daher lediglich um die Begründung einer Legalservitut handelt.

Sowohl aus der Stellung des § 142 I. 8 in der Lehre von den Legalservituten wie auch aus seinen Worten scheint klar hervorzugehen, daß er an die Eröffnung von Fenstern an der Nachbarsgrenze eine gesetzliche Beschränkung des nachbarlichen Eigenthums dahin geknüpft hat, daß der Nachbar verpflichtet werde, entweder die Fenster innerhalb 10 Jahren zu verbauen oder deren Verbauung künftig ganz zu unterlassen. Die 10jährige Frist ist daher weder eine Erklärungs- noch eine Verjährungsfrist, sondern eine Baufrist. Der Gesetzgeber scheint von der Ansicht ausgegangen zu sein, daß, wenn der Nachbar trotz der angelegten Fenster und dem ihm daraus drohenden Nachtheile gleichwohl 10 Jahre lang nicht baue, das Grundstück überhaupt zum Bebautwerden nicht bestimmt sei, und daß daher die demnächst eintretende definitive Baubeschränkung keinen erheblichen Eingriff in das Eigenthumsrecht involvire, während dem Gegner durch Verbauung der schon seit 10 Jahren vorhandenen Fenster ein empfindlicher Schaden zugefügt werde. Durch die Bestimmung, daß die Legalservitut erst 10 Jahre nach Eröffnung der Fenster in volle Wirksamkeit treten solle, hat er derselben daher einen leichtern Karakter geben und dem Belasteten die Möglichkeit gewähren wollen, sie durch Verbauen der Fenster abzuwehren. An die Einführung einer ganz anomalen Erwerbung durch ersitzende Verjährung hat er aber nicht gedacht.

Ist hiernach die Beschränkung des § 142 A.L.R. I. 8 als eine eigentliche Legalservitut aufzufassen und nicht als ein von dem Fensterbesitzer durch ersitzende Verjährung begründetes jus quaesitum, so können auch weder die Grundsätze der Verjährung darauf Anwendung finden, noch kann bei etwaiger Aufhebung der in Rede stehenden Bestimmungen deren fernere Anwendbarkeit auf alle die Fälle behauptet werden, in welchen bei Publikation des neuen Gesetzes die 10jährige Frist des § 142 cit. bereits abgelaufen war.

# Aus der Praxis.

---

## A. Rechtsgrundsätze.

In der Revisionssache Braun c/a Schröder hat der V. Civil-Senat des Reichsgerichts in einem Erkenntnisse vom 29. November 1879 folgende Rechtsgrundsätze angenommen:

§ 41 alin. 2 des Eigenthums-Erwerbs-Gesetzes vom 5. Mai 1872 bezieht sich auch auf den ersten Konstituenten der Hypothek.

Ist die Hypothek, ohne daß es der Kündigung bedarf, zur Zeit der Bekanntmachung der Uebernahme fällig, d. h. kann der Gläubiger sie fordern, so verliert er sein persönliches Recht an den Veräußerer, wenn er nicht binnen 6 Monaten klagt. Einer gleichzeitigen Fälligkeit für den Schuldner bedarf es nicht.

(Das Erkenntniß wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt.)

---

## B. Einzelne Rechtsfälle.

### Nr. 1.

Begriff der Zahlung. Wen trifft die Beweislast, wenn streitig ist, auf welche von mehreren Forderungen eines Gläubigers der Schuldner Zahlung geleistet hat?

A.L.R. I. 16 §§ 149 bis 152.

(Erkenntniß des Reichsgerichts [I Hülfssenat] vom 11. November 1879 in Sachen Bleckmann wider Romberg).

---

Der Bauunternehmer B. fordert von dem Stellmachermeister R. den Restbetrag der ihm durch schriftlichen Vertrag zugesicherten Vergütung für Herstellung eines Wohngebäudes.

Beklagter behauptet, daß er nicht allein den von dem Kläger zugegebenen Betrag von 2293,45 ℳ, sondern im Ganzen 2700 ℳ gezahlt habe, und will deshalb noch 406,55 ℳ von der Klageforderung in Abzug bringen.

Kläger gab die Zahlung der letzteren Summe zu, behauptete aber, daß sie auf diejenigen 1255 ℳ gezahlt sei, welche Beklagter

dem Kläger für Herstellung eines Stallgebäudes und verschiedene Materialien-Lieferungen schuldig geworden, was Beklagter mit dem Bemerken bestritt, daß Kläger bis jetzt hierfür weder Zahlung gefordert, noch solche erhalten habe.

Der erste Richter beachtete den Zahlungseinwand des Beklagten nicht.

Der zweite Richter (Appell.-Gericht Hamm) ging davon aus, daß Beklagter nicht zu beweisen habe, daß er die 2700 ℳ gerade auf die Klageforderung gezahlt habe, vielmehr habe zunächst Kläger darzuthun, daß ihm Beklagter aus mehreren Forderungen verhaftet gewesen. Kläger habe aber die Existenz der Forderung von 1255 ℳ für das Stallgebäude 2c. nicht nachzuweisen; ebensowenig die Erfordernisse des § 151 oder § 152 A.L.R. I. 16. Der zweite Richter änderte das erste Erkenntniß und wies den Kläger mit der in I. Instanz ihm zugesprochenen Summe ab, weil jene 406,55 ℳ auf die Klageforderung zur Verrechnung kommen müßten.

Die Richtigkeitsbeschwerde des Klägers rügte Verletzung der §§ 149. 150—159 A.L.R. I. 16, des § 16 Einl. zur A.G.O. und der Grundsätze von der Vertheilung der Beweislast. Sie wurde für begründet erachtet.

Das Reichsgericht sagt in seinen

Gründen:

Der von dem Appellationsrichter an die Spitze seiner Entscheidungsgründe gestellte Satz:

> „Wenn der Schuldner Zahlung einwendet, hat er nicht be-
> „sonders unter Beweis zu stellen, daß er auf die ein-
> „geklagte Forderung gezahlt hat; es genügt der Nachweis
> „des Solutum überhaupt"

widerspricht dem Begriffe der Erfüllung, Solutio, nicht minder auch der Vorschrift des preußischen Allgemeinen Landrechts § 149 Theil I. Titel 16.

Erfüllung, solutio, ist die Leistung des geschuldeten Gegenstandes von Seiten des Schuldners (oder eines Dritten für ihn) mit der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung des Willens, daß diese konkrete Obligation getilgt sein solle, und die Entgegennahme der Leistung von Seiten des Gläubigers (oder eines Stellvertreters desselben) mit der (ausdrücklichen oder stillschweigenden)

Erklärung seiner Uebereinstimmung mit der von dem Leistenden gegebenen Willenserklärung.

Im Einklang mit dieser Begriffsbestimmung ist die Wirkung der Zahlung im § 149 des Allgemeinen Landrechts Theil I. Titel 16 dahin bestimmt:

> Eine gültig und richtig geleistete Zahlung befreiet den Schuldner von der Verbindlichkeit, welche dadurch hat getilgt werden sollen.

Der Schuldner hat daher zu behaupten und zu beweisen, nicht bloß, daß der geschuldete Gegenstand, sondern auch, daß derselbe mit der Erklärung dem Gläubiger gegenüber geleistet worden sei, es solle gerade diejenige Schuld, welche der Schuldner als erfüllt darstellt, getilgt sein. Weil es nur konkrete, individualisirte Schuldverhältnisse giebt, genügt auch nicht die Feststellung, daß der Gegenstand überhaupt solutionis causa geleistet sei und daß eine Obligation auf Leistung dieses Gegenstandes bestehe, denn es giebt keine Leistung, welche erfolgt „im Allgemeinen" „indistincte" erfüllungshalber.

Nur scheinbar hiermit in Widerspruch steht der Fall, wenn einem aus verschiedenen Forderungen berechtigten Gläubiger der Schuldner eine nicht den Betrag dieser sämmtlichen Schulden deckende Summe leistet, ohne sich darüber zu erklären', welche dieser Schulden er dadurch tilgen wolle. Denn entweder will er dem Gläubiger die Entscheidung überlassen und dann ist die Schuld getilgt, welche der Gläubiger bezeichnet, oder er will dem Gesetz die Entscheidung anheimgeben, dann ist die Schuld getilgt, welche das Gesetz als getilgt erklärt. Und auch dann tritt das Gesetz ein, wenn der Schuldner seinen Willen nicht genügend erklärt.

Die Erklärung des Willens des Leistenden, diese konkrete Schuld tilgen zu wollen, kann auch stillschweigend erfolgen; es kann sich aus den begleitenden Umständen klar ergeben, welche Schuld der Leistende tilgen wolle. Es würde z. B. eine genügende stillschweigende Erklärung vorliegen, wenn der den geschuldeten Gegenstand Leistende in einer dem Empfänger verständlichen Weise zu erkennen gäbe, er gehe von der Annahme aus, daß nur ein Schuldverhältniß zwischen ihnen bestehe.

Im vorliegenden Falle hat Kläger geltend gemacht, er habe den geschuldeten Gegenstand — die 406,55 ℳ — behufs Tilgung

einer anderen, ihm gegen denselben Schuldner zustehenden Forderung empfangen. Der zweite Richter nimmt nun irrig an, daß der Kläger die Existenz der mehreren ihm gegen den Beklagten zustehenden Forderungen nachzuweisen habe. Jene Behauptung des Klägers ist nicht eine Replik auf die von dem Beklagten vorgeschützte Einrede der Zahlung, sondern ein motivirtes Leugnen derselben. Nur dem, der einen selbstständigen Angriff auf seine Behauptung stützt, liegt der Beweis derselben ob, nicht demjenigen, welcher die vom Gegner behaupteten und zur Grundlage eines Angriffs, namentlich einer Einrede, gemachten Thatsachen, wenn auch nicht geradezu, so doch durch die Behauptung einer anderen mit ihr unverträglichen Thatsache in Abrede stellt. Andererseits wird damit dem Schuldner nicht der Beweis der Nichtexistenz einer Forderung zugemuthet, sondern nur der Beweis, daß er das Gezahlte behufs Tilgung der eingeklagten Forderung geleistet habe. Nur in dem Falle, wenn er geltend macht, die animo solvendi erfolgte Leistung habe von ihm und dem Gläubiger nur auf die eingeklagte Schuld bezogen werden können und sei von ihnen auf dieselbe bezogen, hat der Schuldner zu beweisen, daß zur Zeit der Leistung nur die eingeklagte Schuld zwischen ihm und dem Gläubiger bestanden habe, weil diese Behauptung zur Substanziirung der Einrede der Erfüllung gehört.

Der Appellationsrichter hat hiernach § 149 des Allgemeinen Landrechts Theil I. Titel 16 und die Grundsätze über Vertheilung der Beweislast verletzt. Sein Erkenntniß war daher zu vernichten, ohne daß es der Beurtheilung der sonst noch aufgestellten Nichtigkeitsgründe bedarf.

(Die weitere Erörterung hat kein rechtliches Interesse.)

---

## Nr. 2.

**Unzulässigkeit der Possessorienklage gegen Beamte, welche polizeiliche Anordnungen ausführen.**

A.L.R. I., 7, §§ 146 bis 150; Einl. zur A.G.O. §§ 1 bis 3.
(Erkenntniß des V. Civil-Senats des Reichsgerichts vom 22. November 1879 in Sachen Lüdtke wider Wendt und Genossen.)

---

Die Klägerin behauptet, daß sie sich im jüngsten Besitze einer Ackerfläche befindet. Sie hat dieselbe umackern, einen darauf befindlichen Teich ausfüllen und sie durch einen Zaun abschließen lassen.

Durch den Verklagten, Ortsschulzen W., ist der Zaun weggenommen. Die übrigen Verklagten haben ihm auf sein Geheiß bei der Wegnahme geholfen. Die Klägerin bittet um Schutz im Besitze und Wiederherstellung des Zaunes. Der Verklagte W. hat eingewendet, daß ihm die Beseitigung des Zaunes von dem Amtsvorsteher v. K. aufgetragen sei, weil dieser im feuerpolizeilichen Interesse das ungehinderte Betreten der fraglichen Ackerfläche und die Wiederherstellung des Teiches für erforderlich erachtet habe.

Das K. preuß. Kreisgericht zu Cöslin hat auf Abweisung der Klage erkannt. Die von der Klägerin eingelegte N.B. ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Nach der nicht angegriffenen thatsächlichen Feststellung des Vorderrichters hat der verklagte Gemeindevorsteher W. bei Vornahme der Handlung, in welcher Klägerin eine Besitzstörung erblickt, lediglich als Organ und zufolge Verfügung des Amtsvorstehers, dessen Weisungen er Folge zu leisten dienstlich verpflichtet war, gehandelt, ohne eignes Interesse und ohne die eigne Absicht, die Klägerin in ihrem Besitze zu stören. Auch hinsichtlich der übrigen Mitverklagten befindet der Vorderrichter thatsächlich, daß dieselben lediglich im Auftrage des verklagten Gemeindevorstehers diesem bei Ausführung der ihm befohlenen Amtshandlungen Hülfe geleistet haben, ohne einen andern Willen als der Ausführung des ihnen gewordenen Auftrages.

Auf Grund dieser thatsächlichen Unterlage hat der Vorderrichter mit Recht die Klägerin wegen mangelnder Passivlegitimation abgewiesen. Eine Handlung, zu deren Vornahme der Handelnde dienstlich verpflichtet war, kann weder diesem, noch dem von ihm zur Ausführung seiner Dienstverrichtungen herangezogenen Gehülfen als eigne Handlung zugerechnet werden, so lange nicht besondere Umstände vorliegen, von denen hier nicht die Rede ist, und soweit die Entscheidung im Possessorienprozeß zu erfolgen hat. Von dieser Auffassung hat sich auch das preußische Ober-Tribunal seit dem Plenar-Beschlusse vom 2. April 1849 (Entsch. Bd. 18 S. 11 ff.) unausgesetzt leiten lassen. Die Rüge der Verletzung des in diesem Beschlusse niedergelegten Rechtsgrundsatzes trifft daher nicht zu. Da die Frage, ob der Amtsvorsteher bei Ertheilung des fragl. Auftrages innerhalb seiner Amtsbefugnisse geblieben sei oder nicht, vom ersten Richter nicht in den Kreis seiner Erörterungen gezogen ist, so kann

auch nicht von Verletzung des § 79 der Kreisordnung vom 3. Dezbr. 1872 und des § 33 des Kompetenz-Gesetzes vom 26. Juli 1876 die Rede sein. —

---

## Nr. 3.

**Possessorienklage. Zulässigkeit des Rechtweges. Absicht der Störung. Anspruch auf Wiederherstellung des Zustandes vor der Störung.**

Ges. v. 11. Mai 1842. A.L.R. I. 7 §§ 146—154.

(Erkenntniß des V. Civil-Senats des Reichsgerichts in Sachen Fiskus wider Schulte vom 19. November 1879.)

---

Der Gutsbesitzer Sch. hat sich bis wenige Tage vor Anstellung der Klage im Besitz einer Wegegerechtigkeit an einem Privatwege der Zeche F. d. G. befunden. Dieser Weg ist im Auftrage des Eisenbahnfiskus durch einen Einschnitt versperrt. Dem Antrage des Klägers Sch. auf Schutz im Besitze und auf Beseitigung der störenden Anlage hat der verklagte Fiskus aus folgenden Gründen widersprochen. Er will mit der Zeche als Eigenthümerin des Weges einen Vertrag geschlossen haben, wonach ihm in Interesse einer neuen Bahnanlage die Veränderung des Weges gestattet wird. Dieser Vertrag soll von der Regierung zu A. und dem Ministerium genehmigt sein. Er führt aus, daß

1. durch diese Genehmigung des Vertrages seitens der Regierung der Rechtsweg ausgeschlossen werde,
2. daß es an dem animus turbandi fehle, weil er nicht eine Störung der ihm unbekannten klägerischen Gerechtigkeit beabsichtigt, sondern nur sein eigenes Recht ausgeübt habe, und
3. daß im Possessorienprozesse nur die fernere Störung untersagt, nicht aber die Vornahme von Handlungen dem Störenden auferlegt werden dürfe.

Der erste Richter, das k. preuß. Kreisgericht zu B., hat den Verklagten nach den Klageanträgen verurtheilt. Die vom Verklagten gegen dieses Erkenntniß eingelegte N.B. ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Die Beschwerde wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges erscheint verfehlt. Das Gesetz vom 11. Mai 1842 (G. S. de 1842 S. 192)

schließt den Rechtsweg nur gegen polizeiliche Verfügungen aus. Als solche erscheint jedoch nicht ohne Weiteres die behauptete Genehmigung der K. Regierung in A. zur Ausführung des Abkommens, welches der Implorant am 9. Oktober 1878 mit der Zeche Friedrich der Große geschlossen hat.

Auch der zweite Angriff ist unbegründet. Die Besitzentsetzung des Imploraten liegt nach der Feststellung des ersten Richters klar vor. Da dieselbe zur Zeit der Klageanstellung noch fortdauerte, und Implorant auf Zurückweisung der Klage anträgt, so nimmt der erste Richter mit Recht an, daß jede Erörterung über die Absicht bei Vornahme der Handlung erübrigt.

Die weitere Ausführung der N.B., daß Implorant zur Vornahme der störenden Handlung befugt war, kann ebenfalls nicht für zutreffend erachtet werden. Das von ihm mit dem Eigenthümer des Weges getroffene Abkommen berechtigt ihn nicht zu Handlungen, welche eine Verletzung der Grundgerechtigkeit des beim Vertrage nicht zugezogenen Imploraten darstellen.

Auch die dritte Beschwerde ist verfehlt. Mit der Possessorienklage kann der Entsetzte auf Wiederherstellung des früheren Zustandes klagen, weil der Schutz gegen fernere Störung illusorisch sein würde, wenn nicht zuvor die Ursache der Störung aus dem Wege geräumt wäre. Einen Entschädigungsanspruch, von welchem die N.B. redet, hat Implorat nicht geltend gemacht.

---

## Nr. 4.

**Possessorienklage. Besitz an öffentlichen Grundstücken ist rechtlich möglich.**

(Erkenntniß des V. Civil=Senats des Reichsgerichts vom 22. November 1879 in Sachen Böhner wider die Gemeinde Behmsdorf.)

---

Kläger ist von der Verklagten im ruhigen Besitze einer Grundgerechtigkeit gestört und klagt auf Schutz im Besitze und Beseitigung der Störung. Die Verklagte behauptet, das dienende Grundstück sei ein öffentlicher Platz, und deshalb der Rechtsweg ausgeschlossen. Diesen Einwand hat der erste Richter, das preuß. Kreisgericht zu Zeitz, verworfen. Die von der Verklagten eingewendete N.B. ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Verklagte bezeichnet den Platz, an welchem der Kläger eine Grundgerechtigkeit beansprucht, als einen öffentlichen und hält deshalb den Rechtsweg für unzulässig. Die Ausführung der N.B., daß der erste Richter, weil er diesen Einwand verwirft, gegen § 5 der Verord. vom 14. Dezember 1833 verstoßen habe, erscheint unbegründet. Auf die Frage, ob ein Weg oder ein Platz als ein öffentlicher anzusehen sei, kommt es hier nicht an. Denn verschieden davon ist die Frage, ob Jemand an der Fläche eines öffentlichen Platzes ein Nutzungsrecht, namentlich eine Grundgerechtigkeit zusteht. Die Eigenschaft desselben als eines öffentlichen schließt die rechtliche Möglichkeit solcher Privatrechte nicht aus, und der Streit über diese kann nur im Rechtswege entschieden werden.

Nach diesen Grundsätzen, welche auch vom K. preuß. Ober-Tribunal angewendet waren,

cf. Entsch. Bd. 72 S. 300 ff.

konnte durch den Einwand der Verklagten der Rechtsweg nicht verschlossen werden.

---

## Nr. 5.

**Wirkung einer Arresteintragung auf die Rangordnung später eingetragener Hypotheken.**

A.G.O. I. 29 § 87; Eigth.Erw.G. vom 5. Mai 1872 § 22.
(Erkenntniß des V. Civil-Senats des Reichsgerichts vom 22. November 1879 in Sachen Leiser wider Helinska.)

---

Auf dem subhastirten Grundstücke Neudorf Nr. 6 sind eingetragen:

I. für den Kläger:

a) 6000 ℳ nebst Zinsen und Kosten
Abthlg. II Nr. 8b am 16. März 1877 arrestatorisch, und Abthlg. III Nr. 20 am 21. Juli 1877 definitiv mit den aus dem Arrestvermerke sich ergebenden Rechten,

b) 300 ℳ nebst und Kosten
Abthlg. II Nr. 9a arrestatorisch auf Antrag des Prozeßrichters am 31. März 1877, und definitiv Abthlg. III Nr. 16 am 14. Mai 1877 mit den Rechten aus dem Arrestvermerke,

II. für den Verklagten 6000 ℳ nebst Zinsen und Kosten Abthlg. II Nr. 10b arrestatorisch zufolge Antrags des Prozeßrichters am 12. April 1877, definitiv Abthlg. III Nr. 17 am 21. Juli 1877 mit den Rechten aus dem eingetragenen Arrestvermerk.

Da das Kaufgeld zur Befriedigung aller Gläubiger nicht ausreichte, so entstand der gegenwärtige Rechtsstreit über den Vorrang der Hypotheken. Die Parteien stritten in demselben auch darüber, ob der Arrest ein Vorrecht gewährt. Die beiden ersten Richter, das preuß. Kreisgericht zu Culm und das Appell.=Gericht zu Marienwerder, verneinten das Vorrecht. Die vom Kläger eingelegte NB. hat das Reichsgericht zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Eintragung der in Frage stehenden Hypotheken sind auf Grund prozeßrichterlicher Requisitionen Eintragungen demnächst für justifizirt erachteter Arreste voraufgegangen. Kläger macht geltend, daß die Zeitpunkte dieser Arresteintragungen für die Rangordnung der später eingetragenen Hypotheken bestimmend seien, und beansprucht, da die Arreste für seine Forderungen früher, als die Hypothek der Verklagten eingetragen gewesen, für seine Liquidate das Vorrecht. In Uebereinstimmung mit dem I. Richter hat ihn der App.=Richter mit diesem Anspruche enthört und ihn nur für berechtigt erachtet, eine gleiche Befriedigung mit der Verklagten nach Verhältniß ihrer beiderseitigen Liquidate zu verlangen.

Diese Entscheidung ist eine begründete. Es handelt sich um Sicherheitsarreste im Sinne des Tit. 29 A.G.O., dessen § 87 bestimmt:

Der Arrestschlag begründet unter mehreren Gläubigern kein Vorzugsrecht.

Er verhindert nach § 81 ib. nur den Eigenthümer der verkümmerten Sache, über dieselbe zum Nachtheil des Arrestlegers zu verfügen. Auch bei Grundstücken hat das preuß. Ober=Tribunal in dem Plenarbeschlusse vom 30. Mai 1842 (Entsch. Bd. 8. S. 57) die Wirkungen eingetragener Arreste nur mit dieser Tragweite anerkannt, indem es den Grundsatz ausgesprochen hat,

daß eine im Wege des (nachher für justifizirt erachteten) Arrestes wegen einer persönlichen Forderung eingetragene Protestation de non amplius intabulando die Wirkung habe, daß ein erst

später eingetragener Hypothekengläubiger bei eintretender Unzulänglichkeit der zur Hypothek verschriebenen Sache zum Nachtheil des Arrestlegers von seinem Hypothekenrechte keinen Gebrauch machen könne.

Die Gründe dieses Plenarbeschlusses sprechen nirgends aus, daß durch die Arresteintragung die Rangordnung der späteren Hypothek bestimmt werde. Es werden darin die Protestation de non amplius intabulando wegen persönlichen Anspruchs und die Protestation pro conservando jure et loco scharf auseinander gehalten, und bezüglich der ersteren spätere Intabulate nur in Ansehung der Protestanten für unwirksam erklärt. Es wird ausdrücklich anerkannt, daß ein solcher Arrest in der Natur des dadurch sicher gestellten Anspruchs nichts ändere, und dieser weder ein Hypothekenrecht noch ein Vorzugsrecht begründe. Diese Rechtsanschauung ist auch in späteren Entscheidungen des Ober-Tribunals, namentlich in dem Erkenntnisse vom 10. Januar 1873 (Entsch. Bd. 71 S. 108) festgehalten und in erschöpfender Darlegung begründet.

§ 22 des Eigenth.-Erwerbsgesetzes bestimmt zwar, daß der Gläubiger das Recht habe, unter Vermittlung des Prozeßrichters eine Vormerkung auf das Grundstück seines Schuldners eintragen zu lassen, und daß durch diese Vormerkung die endgültige Eintragung in der Reihenfolge der Eintragungen gesichert werde. In dem Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 6. November 1875 (Entsch. Bd. 76 S. 106, 107) ist jedoch ausgeführt, daß die neuere Gesetzgebung durch den § 22 cit. den Unterschied zwischen Vormerkungen, welche zur Erhaltung des Anspruchs auf Eintragung eines dinglichen Rechts, eines mit einem Titel zur Hypothek versehenen Anspruchs eingetragen worden, und den im Wege des Arrestes zur Sicherung eines persönlichen Anspruches eingetragenen Vormerkungen in Beziehung auf ihre Wirkungen nicht beseitigt habe, und daß die Arrestprotestation kein Vorzugsrecht begründe, wohl aber durch die Vormerkung pro conservando jure et loco für die endgültige Eintragung die Stelle in der Reihe der Eintragungen gesichert werde.

Auch das Reichs-Oberhandelsgericht hat in dem Bd. 16 S. 369 seiner Entscheidungen abgedruckten Erkenntnisse angenommen, daß nicht schon der persönliche Gläubiger, sondern nur derjenige,

welcher einen Titel zur Hypothek hat, die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuche verlangen könne.

Bahlmann (Grundbuchrecht) karakterisirt gleichfalls die Arreste wegen Geldansprüche oder anderer persönlicher Forderungen als Dispositionsbeschränkungen, die zur Umschreibung in Hypotheken nicht geeignet seien. Förster (Grundbuchrecht S. 67) macht geltend, daß der Begriff der Vormerkung ein durchaus technischer sei, daß sie nur zur Sicherung des Erwerbs eines Realrechts, und nicht zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs oder Arrestes dienen könne. Derselbe Rechtslehrer spricht sich in seinem preuß. Privatrecht (3. Auflage, Bd. III. S. 463) dahin aus:

> Der Arrest zur Sicherung eines bloß persönlichen Rechts, welches nicht ein Recht zur Sache in Betreff des Grundstücks ist, gehört dem Grundbuchrecht überhaupt nicht an. Natürlich kann auch der Arrestgläubiger das Grundstück seines Schuldners in Beschlag nehmen, und dies kann in den Formen des Grundbuchrechts, d. h. durch Einschreibung eines Vermerks der Dispositionsbeschränkung, die allein der Arrest bewirkt, geschehen.

Von diesen als richtig anzuerkennenden Grundsätzen ist auch der Appell.-Richter ausgegangen 2c.

---

## Nr. 6.

### Wirkung der Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung. Klagerecht.

Wer zur Erhaltung seines Rechts auf Auflassung die Eintragung einer Vormerkung erwirkt und die Verurtheilung des Bucheigenthümers zur Auflassung erlangt hat, ist auch ohne seine Eintragung als Eigenthümer berechtigt, auf Löschung einer später von dem Bucheigenthümer bewilligten Hypothek und Aufhebung der von dem Gläubiger beantragten Subhastation zu klagen.

Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 3. 8. 9. 16. 22; A.L.R. I. 4 § 103.

(Erk. des III. Sen. des Ober-Tribunals v. 2. Mai 1879 in Sachen Holzmann wider Nawrath.)

---

Das Sachverhältniß ergiebt sich aus den Urtheilsgründen. Gegen das verurtheilende Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Ratibor legte Verklagter die Nichtigkeitsbeschwerde ein, die er wesent-

lich darauf stützte, daß Kläger, bevor sie die Eintragung als Eigenthümer erlangt, zur Klage nicht legitimirt seien. Die Richtigkeitsbeschwerde wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Vormerkungen sind einstweilige Eintragungen in das Grundbuch, welche für das Eigenthum an einem Grundstücke oder für ein dingliches Recht an demselben die endgültige Eintragung, für welche zur Zeit die Vorbedingungen fehlen, vorbereiten sollen. Dies gilt wenigstens für die Vormerkungen im engern Sinne, über welche sich die §§ 8. 9. 16. 22 des Eig.Erw.Ges. v. 5. Mai 1872 verhalten, und welche an die Stelle der früheren Protestationen pro conservando jure et loco getreten sind. (Vergl. Hyp.O. II. § 57. 107. 289 ff.) Sie wirken für den angeblich Berechtigten ein bedingtes Recht und verfolgen, gleich den genannten Protestationen (§§ 298. 299 a. a. O.), den Zweck, die erstrebte endgültige Eintragung vorläufig zu sichern, indem sie den eingetragenen Eigenthümer verhindern, zum Nachtheile des bedingt Berechtigten über das Grundstück Verfügungen zu treffen (A.L.R. I. 4 § 103).

Auf den Antrag der Kläger, welche von dem als Eigenthümer eingetragenen L.W. das streitige Grundstück gekauft und übergeben erhalten haben, ist auf dieses Grundstück eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung eingetragen. Auch haben Kläger wider den Verkäufer ein diesen zur Auflassung verurtheilendes rechtskräftiges Erkenntniß erstritten. Erst nach erfolgter Eintragung der Vormerkung und nachdem der Verkäufer W. zur Auflassung verurtheilt worden war, hat dieser für den Cedenten des jetzigen Verklagten auf ebendasselbe Grundstück eine Darlehnshypothek eintragen lassen, der dieselbe wider W. rechtskräftig erstritten und im Exekutionswege die Subhastation extrahirt hat. Diese Subhastationseinleitung hat die Kläger veranlaßt, die Verurtheilung des Verklagten zur Einwilligung in die Löschung der Hypothek und in die Aufhebung der inzwischen sistirten Subhastation klagend zu beantragen, welchem Antrage von den erkennenden Richtern der Vorinstanzen, und zwar mit Recht, entsprochen worden ist.

Das von den Klägern wider W. erstrittene Erkenntniß ersetzt nach § 3 des Ges. v. 5. Mai 1872 zwar nur die Auflassungs**erklärung** des Verurtheilten, nicht auch die erst mit der erfolgten Eintragung des Eigenthums abschließende Auflassung selbst. Aber

obgleich die Kläger es seither vernachlässigt haben, diese Eintragung auf Grund des Erkenntnisses herbeizuführen, ihr Eigenthumsrecht also noch immer ein bedingtes ist, so war doch die für den Cedenten des Verklagten seitens des Verkäufers geschehene Hypothekenbestellung den Klägern gegenüber von Anfang an ohne rechtliche Wirkung und ist unwirksam geblieben, da die das Recht der Kläger schützende Vormerkung nicht wieder gelöscht worden ist. — — —

---

## Nr. 7.

**Wirkung der Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung gegenüber späterer Belastung. Glaube des Hypothekenbuchs.**

1. Die Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung entzieht dem eingetragenen Eigenthümer zwar nicht schlechthin sein Verfügungsrecht über das Grundstück; spätere Veräußerungen und Belastungen sind aber nur bedingt gültig und verlieren ihren Werth, wenn demnächst der eingetragene Eigenthümer zur Auflassung verurtheilt wird.
2. Wird in Folge solcher Verurtheilung eine Parzelle, auf welche sich die Vormerkung bezog, abgeschrieben, so sind die nach der Vormerkung auf dem Stammgrundstücke eingetragenen Hypotheken auf das Blatt der Parzelle nicht zu übertragen. Eine gleichwohl erfolgte Uebertragung verschafft dem Gläubiger kein materielles Hypothekenrecht.
3. Die Ungültigkeit einer solchen Hypothek kann auch gegenüber demjenigen Cessionar derselben geltend gemacht werden, welcher sie nach erfolgter Abschreibung der Parzelle und nach gleichzeitig bewirkter Löschung der Vormerkung erworben hat.

Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 8. 33; G.B.O. § 66; A.L.R. I. 11. § 407.

(Erk. des III. Sen. des Ober-Tribunals vom 7. Juli 1879 in Sachen Königsfeld wider Steiner.)

---

Im Grundbuche des den Eheleuten Sk. gehörigen Grundstücks R. Nr. 13 wurde

a) am 12. Mai 1873 für den Verklagten eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung einer Parzelle,
b) am 8. Januar 1875 für den Einlieger J. eine Darlehnshypothek von 300 ℳ

eingetragen. Die Parzelle des Verklagten wurde im April 1875 auf Grund eines von ihm erstrittenen rechtskräftigen Erkenntnisses abgeschrieben, und für dieselbe das neue Grundbuchblatt Nr. 68 angelegt. Dabei wurde gleichzeitig die Darlehnshypothek des J. mit auf Nr. 68 übertragen und die Vormerkung auf Nr. 13 gelöscht. J. cedirte seine Hypothek dem Kläger.

Nachdem dieser bei der Subhastation von Nr. 13 mit derselben ausgefallen war, klagte er sie gegen den Verklagten als Eigenthümer von R. Nr. 68 ein. Der Verklagte widersprach zwar der Klage, weil zur Zeit der Hypothekbestellung die Vormerkung für ihn eingetragen stand; doch wurde er von dem Kreisgerichte zu Pleß und dem Appellationsgerichte zu Ratibor nach dem Klageantrage verurtheilt. Das Ober-Tribunal hat das zweite Erkenntniß vernichtet und den Kläger abgewiesen.

Aus den Gründen:

Der Appellationsrichter hat, da nicht der ursprüngliche Gläubiger, vielmehr dessen Cessionar klagt, die Bedeutung der mehrerwähnten Vormerkung seiner Beurtheilung nicht unterzogen. Abgesehen von nebensächlichen Erwägungen beruht der seine Entscheidung bestimmende Grund wesentlich in dem Satze:

„Die Wirkung einer solchen Vormerkung kann im vorliegenden Falle auf sich beruhen, da dieselbe bereits wieder gelöscht war, als Kläger die Hypothek erwarb."

Die Vormerkung zur Erhaltung eines auf einem obligatorischen Titel beruhenden Rechtes auf Auflassung (Ges. v. 5. Mai 1872 § 8) bezweckt für denjenigen, für welchen sie eingetragen wird, die Sicherung der von ihm erstrebten Eintragung seiner Person als Eigenthümer des Grundstücks auf Grund einer Auflassung des letzteren und zwar in demjenigen Zustande des Grundstücks, wie ihn das Grundbuch damals darstellte. Soweit es zur Erreichung dieses Zweckes erforderlich ist, wird durch die Vormerkung der als Eigenthümer Eingetragene in seinem Verfügungsrechte über das Grundstück rechtlich beschränkt. Sein Verfügungsrecht wird demselben nicht schlechthin entzogen; etwaige Veräußerungen und Verpfändungen sind an sich gültig; sie bleiben es auch unbedingt für den Fall, daß derjenige, für welchen die Vormerkung eingetragen ist, das Recht, zu dessen Erhaltung sie dienen soll, nicht erstreitet. Dagegen sind Veräußerungen und Belastungen des Grundstücks seitens des als

Eigenthümer Eingetragenen gegenüber dem durch die Vormerkung Gesicherten alsdann ohne rechtlichen Werth, wenn dieser demnächst die Verurtheilung des Ersteren zur Auflassung und demgemäß die Eintragung seines Eigenthums erwirkt. Dritten Personen steht die Publizität des Grundbuchs entgegen; der Cedent des Klägers konnte mithin aus der für ihn erfolgten Hypothekenbestellung, da zur Zeit derselben die Vormerkung bereits eingetragen und noch nicht wieder gelöscht war, — nach erfolgter Abschreibung der Parzelle, auf welche die Vormerkung sich bezog, keinen dinglichen Anspruch auf dieselbe mehr geltend machen. Daran konnte auch die anscheinend auf mißverständlicher Auffassung des § 33 des Eig. Erw. Ges. v. 5. Mai 1872 und des § 66 der G.B.O. beruhende Uebertragung der Hypothek auf die abgeschriebene Parzelle nichts ändern. Denn die Hypothek belastete diese Parzelle von vorn herein nur bedingter Weise, nämlich unter der Bedingung der Nichtverwirklichung des vorgemerkten Eigenthumsanspruchs, und diese Bedingung erlosch mit der Abschreibung der Parzelle, welche in Folge des diesen Eigenthumsanspruch zur Anerkennung bringenden Urtheils eintrat. Demnach kann nur die Frage entstehen, ob der Kläger durch die an ihn erfolgte Cession einen Anspruch, der dem Cedenten nicht zustand, deshalb erwerben konnte, weil die Vormerkung inzwischen gelöscht war. Diese Frage ist zu verneinen.

Wenn auch der Kläger zweifellos bei Erwerbung der Hypothek dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu vertrauen hatte, so kann er doch nicht bezüglich ihres rechtsgültigen Zustandekommens sich auf die vereinzelte Thatsache der bezeichneten Löschung allein berufen; er hatte vielmehr den ganzen damit in untrennbarem Zusammenhange stehenden Inhalt des Grundbuchblattes in Erwägung zu nehmen und mit den daraus sich ergebenden Rechtsfolgen gegen sich gelten zu lassen. Er hatte daraus zu entnehmen, daß die Löschung der Vormerkung gleichzeitig mit der Abschreibung der allein durch die Vormerkung berührten Parzelle verfügt, daß somit diese Löschung nur eine Ergänzung und Konsequenz der Abschreibung war, so daß mit der Ausscheidung der Parzelle aus dem Grundbuchblatte Nr. 13 sich auf diesem für die Vormerkung kein Objekt mehr vorfand. Er konnte demgemäß die rechtliche Bedeutung der Löschung nicht verkennen, vermöge deren durch Verwirklichung des für den Verklagten vorgemerkten Eigenthums-

anspruchs auch der Hypothekennexus zwischen der nacheingetragenen streitigen Forderung und der nunmehr abgeschriebenen Parzelle gänzlich erloschen, die Mitübertragung der Hypothek auf das neue Grundbuchblatt mithin nicht gerechtfertigt und durch diese ungerechtfertigte Uebertragung für ihn ein materielles Hypothekenrecht nicht erwachsen war. Deshalb kann der Kläger sich auch nicht darauf berufen, daß der Grundbuchrichter diese Uebertragung der Hypothek auf dem Grundbuchblatte Nr. 13 nachrichtlich vermerkt hatte.

Hiernach hat der Appellationsrichter sich der gerügten Verletzung der §§ 8 und 33 des Eig. Erw. Ges. v. 5. Mai 1872 und des § 407 A.L.R. I. 11 schuldig gemacht.

---

## Nr. 8.

**Wirkung der Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung und der Uebergabe eines verkauften Grundstücks gegenüber dem Sequestrationsantrage eines Gläubigers des Verkäufers.**

1. Eine zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung eingetragene Vormerkung gewährt dem Berechtigten nicht die Befugniß, der von einem Gläubiger des Veräußerers wegen einer Schuld des letzteren veranlaßten Sequestration des Grundstücks zu widersprechen.
2. Dagegen kann dieser Widerspruch mit Erfolg auf die vor Einleitung der Sequestration erfolgte Naturalübergabe gegründet werden.

Ges. v. 5. Mai 1872 § 8; A.L.R. I. 7 § 175.

(Erk. des III. Sen. des Ober-Tribunals vom 7. Juli 1879 in Sachen Preugschas wider Stirnat.)

---

Kläger kaufte durch Vertrag vom 27. April 1878 drei Grundstücke in K. von den S.'schen Eheleuten. In dem Vertrage ist die an ihn erfolgte Uebergabe anerkannt und die Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung bewilligt, die Eintragung der Vormerkung auch am 9. Juli 1878 erfolgt. Am 24. Juli 1878 wurde auf Antrag eines Gläubigers der S.'schen Eheleute die Sequestration der Grundstücke eingeleitet. Kläger beantragte, die Extrahenten zu verurtheilen, in die Aufhebung der Sequestration zu willigen. Das Kreisgericht in Ragnit wies die Klage ab, das Appellationsgericht zu Insterburg gab ihr statt. Das

Ober-Tribunal hat das zweite Urtheil vernichtet und die Sache zur Beweisaufnahme und anderweiten Entscheidung in die erste Instanz zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Der Appellationsrichter erkennt nach dem Klageantrage, weil für Imploraten vor der Einleitung der Sequestration eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung eingetragen, diese aber vermöge ihrer rückwirkenden Kraft, — wenn der Eigenthumsanspruch demnächst rechtskräftig erstritten werde, so daß das Eigenthum auf Grund des Erkenntnisses eingetragen werden könne, — die Wirkung habe, daß der Eigenthümer nicht erst seit jetzt, sondern seit der Eintragung der Vormerkung Eigenthümer sei, und alle Dispositionen über das Grundstück während der Zwischenzeit gegen ihn keine rechtliche Wirkung haben.

Weiter wird ausgeführt, daß die nach Eintragung der Vormerkung eingeleitete Sequestration mit dem Rechte des Klägers in Widerspruch trete, weil sie gegen sein Nutzungsrecht gerichtet sei, welches ihm mindestens seit der Eintragung der Vormerkung unter der Bedingung zustehe, daß er die Auflassung des Grundstücks erlange, weshalb gemäß § 104 A.L.R. I. 4 der Verkäufer der Grundstücke in der Zwischenzeit nichts vornehmen dürfe, was zum Nachtheile des Rechts des Klägers gereichen würde. Aus diesem Grunde und weil die Vormerkung gegen jeden Dritten wirke, dürften die Nutzungen der Grundstücke nicht Gegenstand der Exekution für den Gläubiger des Verkäufers sein.

Aus dem Zusammenhange dieser Ausführungen ergiebt sich, daß der Appellationsrichter das Recht des Klägers lediglich auf die Thatsache der früheren Eintragung der Vormerkung gründet. Er stellt auch an keiner Stelle fest, daß der Kläger die Eintragung als Eigenthümer erlangt hat, und hat deshalb der Satz betreffs der Rückwirkung der Vormerkung nur den Zweck, darzuthun, daß schon die Vormerkung die Grundstücke der Verfügung des Verkäufers, mithin auch den Exekutionsanträgen des Gläubigers desselben entziehe, indem der Käufer kraft der Vormerkung ein suspensiv bedingtes Eigenthum und demgemäß auch ein Nutzungsrecht an dem Grundstücke habe.

Die Richtigkeit der Ausführung betreffs des bedingten Eigenthums des Imploranten mag dahin gestellt bleiben. Jedenfalls

verletzt aber der Appellationsrichter den § 8 des Ges. v. 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb 2c. und den § 103 A.L.R. I. 4, indem er dem Kläger ein durch Eintragung der Vormerkung dinglich gewordenes Nutzungsrecht an den Grundstücken beimißt, welches von Zeit der Eintragung an beginne. Solche Wirkung hat die Eintragung der Vormerkung nach § 8 a. a. O. keineswegs. Der Eigenthümer behält vielmehr das Nutzungsrecht trotz der Vormerkung in seiner Eigenschaft als Eigenthümer, so lange er dieses bleibt. Mithin kann es auch Gegenstand der Zwangsvollstreckung zu Gunsten seiner Gläubiger sein. Danach war die Vorentscheidung zu vernichten.

Bei freier Beurtheilung kommt aber in Betracht, daß Implorant zur Begründung seiner Klage auf Aufhebung der Sequestration nicht nur auf die Vormerkung, sondern auch auf die im Kaufkontrakte vom 27. April 1878 als vollzogen bezeugte und von R. als Zeugen zu bekundende, bereits am 15. März 1878, also vor der am 24. Juli 1878 erfolgten Einleitung der Sequestration, stattgefundene Naturalübergabe sich berufen hat. Die Uebergabe ist bestritten, Beweis ist nicht erhoben. Wird dieser Beweis erbracht, so befindet sich Implorat im vollständigen titulirten Besitze, hat nach § 175 A.L.R. I. 7 jedem Dritten, also auch dem Imploranten gegenüber die Rechte des Eigenthümers und ist daher zur Klage unbedenklich berechtigt.

---

## Nr. 9.

**Umfang des Hypothekenrechts. Eigenthumserwerb der Handelsgesellschaft an dem Grundstücke eines Gesellschafters. Pertinenzialqualität.**

1. Die offene Handelsgesellschaft erwirbt das Eigenthum an dem von einem Gesellschafter eingebrachten Grundstücke seit Geltung des Gesetzes vom 5. Mai 1872 erst durch Auflassung.
2. Dadurch, daß bewegliche Sachen, welche Eigenthum der offenen Handelsgesellschaft sind, mit Einwilligung derselben mit dem Grundstücke eines der Gesellschafter in dauernde Verbindung gebracht werden, erlangen sie nicht die Eigenschaft von Pertinenzen des Grundstücks.
3. Ein Pfandrecht an solchen Sachen entsteht daher nicht durch hypothekarische Eintragung auf dem Grundstücke eines Gesell-

**schafters, auch nicht durch die mit Bewilligung des anderen Gesellschafters abgegebene Erklärung des Grundstückseigenthümers, daß sie dem Hypothekengläubiger mit verhaftet sein sollen, sondern erst durch hinzutretende Uebergabe dieser Sachen.**

Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 1. 30; H.G.B. Art. 93. 94. 95. 97. 106 bis 108. 111. 114. 116. 119. 120; A.L.R. I. 2 §§ 44. 60. 107. 108; A.L.R. I. 20 §§ 104 ff. 271 ff.

(Erk. des III. Sen. des Ober=Tribunals v. 10. März 1879 in S. Wörde wider Wienold und Roth'sche Konk. Masse.)

---

Die Handelsgesellschaft W. & R., deren Gesellschafter die Kaufleute W. und R. waren, ist 1877 in Konkurs verfallen. Im Jahre 1876 bekannte W., daß er selbst vom Kläger 9000 *M*, sein Kompagnon R. 3000 *M* Darlehn erhalten, und daß er für das letztere selbstschuldnerische Bürgschaft geleistet habe. Zur Sicherung dieser Forderungen verpfändete er ein auf seinen Namen eingetragenes Grundstück mit den darin befindlichen Fabrikanlagen, namentlich den der Firma W. & R. gehörigen Maschinen und Geräthschaften. Dazu soll auch R. seine Einwilligung gegeben haben. Die hypothekarische Eintragung der Forderungen ist erfolgt. Als der Verwalter der Konkursmasse trotzdem den Verkauf der Maschinen und Geräthschaften für die Konkursmasse veranlassen wollte, erhob Kläger gegen ihn Klage mit dem Antrage, ihn zu verurtheilen, darein zu willigen, daß die Maschinen und Geräthschaften mit dem verpfändeten Grundstücke in nothwendiger Subhastation verkauft und die Kaufgelder behufs abgesonderter Befriedigung des Klägers zur Immobiliarmasse genommen würden.

Der erste Richter verurtheilte den Verwalter, das Appellationsgericht in Hamm wies den Kläger ab. Das zweite Erkenntniß wurde auf die Revision des Klägers bestätigt.

Gründe:

Die verpfändeten Immobilien waren Sondereigenthum des W. und nicht der Handelsgesellschaft W. & R. Unstreitig stehen sie im Grundbuche auf den Namen des ersteren eingetragen. Kläger behauptet zwar, W. habe sie in die Gesellschaft eingebracht. Verklagter bestreitet dieses aber. Es konstirt nun nicht, wann die Einbringung erfolgt sein soll, und durch welchen Akt. Da seit der Gesetzeskraft des Gesetzes vom 5. Mai 1872 in Verbindung mit

Art. 111 H.G.B. die Gesellschaft das Eigenthum nur durch Auflassung hätte erwerben können, und nicht einmal behauptet ist, daß die Einbringung vorher geschehen sei, so kann die Behauptung der Einbringung nicht berücksichtigt werden.

Die streitigen Gegenstände mögen von R. angeschafft sein. In der vom Kläger vorgelegten Urkunde vom 22. Mai 1876 werden sie als der Firma gehörig bezeichnet. Kläger muß dieses gegen sich gelten lassen. Die Gegenstände sind also nicht Eigenthum des W.; sie würden es auch nicht sein, wenn die Firma sie nicht erworben hätte. W. hatte auch kein Miteigenthum an denselben in dem Sinne, daß er über dieselben zu einem gewissen Antheilsrechte hätte verfügen können. Subjekt des Eigenthums ist ausschließlich die Handelsgesellschaft als ein für sich bestehendes Rechtssubjekt. Jedes Eigenthumsrecht des R. ist daran erloschen, vergl. H.G.B. Art. 91. Die Gesellschaft steht den einzelnen Gesellschaftern als eine dritte Person gegenüber, vergl. Art. 93. 94. 95. 97. Der einzelne Gesellschafter hat zwar Antheil am Gesellschaftsvermögen, jedoch nicht an den einzelnen Vermögensobjekten, sondern nur an dem Vermögensinbegriff, dergestalt, daß er Zinsen seiner Einlage erhält und am Gewinn und Verluste auf Grund des Inventars und der Bilanz Theil nimmt, Art. 106—108. Dieses zeigt sich ferner darin, daß die Privatgläubiger eines Gesellschafters nicht befugt sind, die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen oder Rechte oder einen Antheil an denselben zum Behufe ihrer Befriedigung oder Sicherstellung in Anspruch zu nehmen, sondern nur an dasjenige sich halten können, was der Gesellschafter selbst an Zinsen und Gewinnantheilen zu fordern berechtigt ist, und was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt, selbst dann, wenn sie eine Hypothek oder Pfandrecht am Vermögen eines Gesellschafters haben; ihre Hypothek oder ihr Pfandrecht erstreckt sich nicht auf die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen, Art. 119, 120. Ein ausgeschiedener oder ausgeschlossener Gesellschafter hat kein Recht auf einen verhältnißmäßigen Antheil an den einzelnen Vermögensstücken der Gesellschaft, sondern nur auf eine seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen darstellende Geldsumme, Art. 131. Bei der Liquidation haben die Liquidatoren das Gesellschaftsvermögen zu versilbern, Art. 137. Eingebrachte Sachen fallen bei der Auflösung

nicht an den Einbringer zurück, er kann nur den Werth erstattet verlangen, Art. 143.

War hiernach W. nicht Miteigenthümer der streitigen Sachen, so konnte er über dieselben nicht im eigenen oder des R. privaten Interesse, sondern nur im Interesse der Gesellschaft verfügen. Die Anwendbarkeit der Art. 114. 116 setzt voraus, daß das Rechtsgeschäft die Gesellschaft als solche betrifft. Nun hat W. in der gedachten Urkunde keine Sicherheit für eine Gesellschaftsschuld bestellt, sondern für zwei Darlehne, welche beide Gesellschafter als Einzelpersonen aufgenommen haben. Insofern schon ist also die Verpfändung der streitigen Sachen nicht rechtsverbindlich.

Aber auch aus einem anderen Grunde ist sie nicht verbindlich. Daß die Gegenstände als bewegliche Sachen in rechtsgültiger Form (Uebergabe, in Natur oder symbolisch, A.L.R. I. 20 §§ 104 ff., 271 ff.) verfaustpfändet worden, ist nicht behauptet. Es bleibt also nur zu prüfen, ob sie Pertinenzien der zur Hypothek bestellten Grundstücke gewesen sind. Wäre dieses, so hätte es der Zustimmung des R. und der Mitverpfändung gar nicht bedurft. Sie waren aber nicht Pertinenzien, weil sie dem Besteller der Hypothek nicht gehörten. Pertinenzqualität ist eine *rechtliche* Eigenschaft. Sie erzeugt ganz bestimmte Rechtswirkungen Dritten gegenüber. Sie kann nur nach den gesetzlichen Vorschriften, nicht aber durch Willkür dritter Personen hergestellt werden. Das Gesetz schreibt vor, daß nur der Eigenthümer der Hauptsache, wenn er zugleich Eigenthümer der zur Pertinenz zu machenden Sache ist, die Pertinenzqualität herstellen kann. Diese setzt also einheitliches Eigenthum und ferner eine bestimmte Art (modus) der rechtlichen Verbindung voraus, A.L.R. I. 2 §§ 44. 60. 108. Daher haftet auch nur das dem *Eigenthümer* gehörige bewegliche Zubehör für die Hypothek, Ges. v. 5. Mai 1872 § 30. Wollte man annehmen, daß Sachen eines Dritten Pertinenz eines Grundstücks seien, so würde der Eigenthümer des letzteren über die Pertinenzien nach allen Richtungen hin gleichzeitig mit der Hauptsache verfügen können, also auch durch Verkauf, § 107 l. c. Ein solches Dispositionsrecht des Eigenthümers der Hauptsache würde aber dem Begriffe des Sondereigenthums des Dritten an den gedachten Sachen direkt widerstreiten. Sachen eines Dritten können daher nur dann Pertinenzien der Hauptsache werden, wenn der Wille desselben und des Eigenthümers

der letzteren auf Eigenthumsübertragung und Uebernahme in das Eigenthum gerichtet war, und nunmehr die rechtliche Verbindung hergestellt ist. Vorliegend handelte es sich aber nicht um Uebertragung des Eigenthums an den streitigen Gegenständen auf W., den Verpfänder, sondern nur um die thatsächliche Verbindung mit den Grundstücken desselben zum Zwecke des Geschäftsbetriebes der Handelsgesellschaft und um die Genehmigung der Verpfändung durch R. Ob die Gegenstände theilweise mit den Gebäuden in eine faktische feste Verbindung gebracht sind, ist hierbei gleichgültig.

Sind sie nun keine Pertinenzien der zur Hypothek bestellten Grundstücke, so werden sie auch von der Hypothekbestellung nicht betroffen. Schon aus diesen Gründen ist der Klageanspruch verfehlt.

---

## Nr. 10.

### Kollision der Rechte mehrerer Cessionarien derselben Hypothek.

1. Für die Frage, wem der Vorzug gebührt, wenn dieselbe Hypothek von demselben Auktor hinter einander Mehreren abgetreten oder nach erfolgter Cession einem Andern im Wege der Exekution übereignet wird, ist der Umstand, daß der spätere Cessionar die Eintragung seiner Cession erwirkt hat, nicht entscheidend, wenn er nicht auch den Besitz des Hypothekendokuments erlangt hat.
2. Die Abtretung künftig zur Amortisation gelangender Beträge enthält nur einen Dispositionsverzicht, welcher an sich und ohne Eintragung im Grundbuche die spätere exekutivische Uebereignung der amortisirten Beträge an Gläubiger des Abtretenden nicht hindert.

A.L.R. I. 10 §§ 21—23. 25; Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 38. 54.
(Erk. des III. Sen. des Ober-Tribunals v. 25. April 1879 in S. Kramer und Kons. wider Herrmann und Kons.).

---

In der Subhastation des Gutes Z. erhoben sowohl die Kläger als die Verklagten auf denjenigen Kaufgelderbetrag Anspruch, mit welchem der amortisirte Theil zweier für den neuen landschaftlichen Kreditverein für die Provinz Posen eingetragener Pfandbriefdarlehne zur Hebung gelangt war. Die Kläger gründeten ihren Anspruch auf eine Cession des Subhastaten vom 28. Januar 1876. Die

Verklagten stützten ihren Anspruch auf spätere im Wege der Exekution ihnen ertheilte Uebereignungen, welche im Grundbuche eingetragen und auf dem Hypothekeninstrumente der Landschaft vermerkt waren.

Das Kreisgericht zu Ostrowo wies sowohl die Kläger als die Verklagten mit ihren Ansprüchen ab; das Appellationsgericht zu Posen sprach die Masse den Verklagten zu. Das zweite Urtheil wurde vernichtet und die Streitmasse in Höhe der zur Zeit der Cession vom 28. Januar 1876 bereits amortisirten Darlehensbeträge den Klägern zugesprochen, im Uebrigen aber dem Subhastationsrichter zur weiteren Vertheilung überwiesen.

Aus den Gründen:

Die von dem Appellationsrichter getroffene Entscheidung beruht auf der Annahme, daß der durch Amortisation getilgte Betrag der für den neuen landschaftlichen Kreditverein zu Posen auf dem subhastirten Gute eingetragenen beiden Forderungen durch die Zahlung selbst Eigenthum des Subhastaten geworden ist, und daß dieser darüber zu verfügen berechtigt war. Sodann stellt der Appellationsrichter thatsächlich fest, daß der Subhastat sowohl selbst darüber Verfügung getroffen hat, indem er die Forderung an den Kaufmann M., den Cedenten der Kläger, abgetreten, als auch die Beklagten auf dieselbe Forderung durch richterliche Ueberweisungen im Wege der Exekution die Rechte der Cessionarien erworben haben. Beide Theile, welche die Streitmasse für sich in Anspruch nehmen, leiten hiernach ihre Rechte von dem Subhastaten her, und ist die Entscheidung über das Vorzugsrecht unter ihnen vom Appellationsrichter dahin getroffen, daß den Verklagten, wenngleich jüngeren Erwerbern, vor den Klägern der Vorzug gebühre „wegen der einem Besitze im Sinne des § 23 A.L.R. I. 10 gleich zu achtenden Eintragung" der ihnen ertheilten Ueberweisungen, resp. Vormerkungen im Hypothekenbuche.

Die Kläger haben ... Verletzung des § 1 des Ges. v. 4. Juli 1822, der §§ 21, 23 A.L.R. I. 10, der §§ 16, 22, 60, 63, 64 des Eigenth.Erw.Ges. v. 5. Mai 1872 und der §§ 88, 121 der G.B.O. gerügt.

Diese Beschwerde erscheint begründet.

Die Frage, wem der Vorzug gebührt, wenn dieselbe Forderung von demselben Auktor hintereinander Mehreren abgetreten

oder einem Gläubiger im Wege der Exekution vom Gerichte übereignet wurde, nachdem sie bereits früher einem Anderen abgetreten war, ist sehr bestritten. Im gemeinen Rechte haben sich die meisten und gewichtigsten Rechtslehrer für den Vorzug des ersten Erwerbers ausgesprochen. Windscheid, Pandekten, Bd. 2 § 331 Note 10. Der Grund, welcher für den Vorzug des ersten Erwerbers entscheidet, liegt darin, daß Niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat, und der erste Erwerber den späteren Rechtsnachfolgern des Gläubigers gegenüber dieselbe Stelle einnimmt, welche er dem Gläubiger selbst gegenüber hat. Dasselbe ist auch für das preußische Recht unbestritten in dem Falle anzunehmen, wenn über die abgetretene Forderung kein Schulddokument vorhanden ist. Wenn aber über die abgetretene Forderung ein Schulddokument existirt, oder dieselbe im Grundbuche eingetragen steht, wird die Frage, wem der mehreren Cessionarien der Vorzug gebühre, im preußischen Rechte verschieden beantwortet. Dernburg, Lehrb. des preuß. Privatrechts, Bd. 1 S. 721, Bd. 2 S. 187 Nr. 8, und Förster, preuß. Privatrecht, Bd. 1 S. 658 und Note 200 (3. Aufl.) entscheiden sich für den Vorzug des ersten Erwerbers, wogegen das Ober-Tribunal in den Entscheidungen vom 5. Mai 1838 und 14. Februar 1870 (Entsch. Bd. 4 S. 71 und Bd 63 S. 79, Archiv Bd. 77 S. 242) ohne Unterschied, ob die Forderung eine bloß persönliche oder eine hypothekarische ist, demjenigen Cessionar den Vorzug einräumt, welcher den Besitz der Schuldurkunde in gutem Glauben eingeräumt erhalten hat. Der Grund dieser Entscheidungen des Ober-Tribunals beruhet darauf, daß Rechte als bewegliche Sachen betrachtet (A.L.R. I, 2 § 7) und demgemäß die §§ 21—23. 25 A.L.R. I. 10 darauf angewendet werden. Für den Vorzug desjenigen von mehreren Cessionarien, welcher den Besitz der Schuldurkunde erlangt hat, läßt sich noch geltend machen, daß der Schuldner nur an denjenigen Zahlung zu leisten verpflichtet ist, welcher sich durch den Besitz der Urkunde legitimirt, und daß zur Erfüllung des pactum de cedendo auch die Uebergabe des Schulddokumentes gehört, und erst hierdurch der Cessionar in den Stand gesetzt wird, über die Forderung vollständig zu verfügen. A.L.R. I. 11 § 395, G.B.O. § 94, Erk. des Ober-Trib. v. 19. Dezember 1877, 25. März 1878 (Entsch. Bd. 81 S. 25, Bd. 82 S. 16). Durch die Vorschriften des Eig.Erw.Gesetzes über die Abtretung

von Hypotheken und Grundschulden ist eine Aenderung nach dieser Richtung nicht eingetreten.

Der Appellationsrichter hat nun den Verklagten als jüngeren Erwerbern derselben hypothekarischen Forderungen vor den Klägern, obgleich älteren Erwerbern, den Vorzug auf Grund des § 23 A.L.R. I. 10 zuerkannt, ohne daß derselbe thatsächlich festgestellt hat, daß die Verklagten den Besitz der Schuldurkunde erworben haben. Dagegen nimmt er an, daß die Subingrossation der gerichtlichen Ueberweisung an den Verklagten H. und der Vormerkungen für den Verklagten L. gegen die den Klägern cedirte Forderung dem Besitze im Sinne des § 23 A.L.R. I. 10 gleich zu achten sei. Diese Annahme ist eine irrige.

Es setzt der § 23 cit. eine bewegliche Sache und bei der Anwendung auf Forderungsrechte (§ 7 A.L.R. I. 2) die darüber sprechende Urkunde voraus. Der B e s i t z des über eine Forderung ausgestellten Hypotheken d o k u m e n t s kann aber im Sinne des § 23 cit. nicht durch eine bei der betreffenden Post im Grundbuche bewirkte Eintragung „eingeräumt" werden.

Der Cessionar einer eingetragenen Forderung wird durch die Subingrossation der Cession oder gerichtlichen Uebereignung nicht in die Lage versetzt, die Forderung so einzuziehen, als wenn er im Besitze der Schuldurkunde sich befände (Entschd. Bd. 81 S. 25). Gerade der Besitz der Urkunde allein ist es, welcher einen Vorzug vor dem Cessionar gewährt, welcher nicht diesen Besitz erlangt hat. Die auf der Annahme, daß die Eintragung der gerichtlichen Ueberweisung im Grundbuche dem Besitze der Schuldurkunde im Sinne des § 23 A.L.R. I. 10 gleich zu achten sei, beruhende Entscheidung des Appellationsrichters verletzt diese Gesetzesbestimmung durch unpassende Anwendung und war daher zu vernichten.

(In der hierauf folgenden Beurtheilung der Sache selbst wird der vom Appellationsrichter für begründet erachtete Einwand der Verklagten noch mit folgender Ausführung widerlegt:)

Durch den bloßen Vermerk der Subingrossation auf den Hypothekenurkunden haben die Verklagten nicht, wie sie meinen, „gleichsam Zweigdokumente erlangt" und „die Hypothekendokumente über die ihnen überwiesenen Beträge im juristischen Besitze gehabt". Die Verklagten können sich daher zur Begründung eines Vorzugsrechtes vor den Klägern nicht auf den B e s i t z des Hypotheken-

dokuments der cedirten Forderung berufen. Durch die Subingrossation an und für sich allein haben dieselben ebenfalls kein Vorzugsrecht vor den Klägern, als älteren Erwerbern derselben Hypothekenforderung erlangt. Die Vortheile der Eintragung bestehen hauptsächlich darin, daß sie gegen fernere Verfügungen des Cedenten schützt, indem sich kein späterer Erwerber mehr auf seinen guten Glauben an die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuches berufen kann, und daß sie den Gläubiger zur dinglichen Klage legitimirt. Nach § 54 des Eig. Erw. Ges. v. 5. Mai 1872 bedarf es zum Erwerbe der Hypothek oder Grundschuld durch Abtretung nicht der Eintragung. Der Eigenthumsübergang ist unabhängig von der Eintragung des Cessionars als Gläubiger. Die Hypothekenforderung und das damit verbundene Realrecht wird durch den Cessionsakt selbst auf den Cessionar übertragen; derselbe wird hierdurch, nicht erst durch die Eintragung Realgläubiger. Jedoch ist derselbe nicht gegen den späteren Erwerber geschützt, welcher zugleich mit der Cession den Besitz der Schuld- und Hypothekenurkunde erlangt hat.

Ebensowenig können sich die Verklagten zur Begründung ihres vorzüglichen Rechts auf den § 38 des Eig.Erw.Ges. vom 5. Mai 1872 stützen. Hier werden Einreden der Hypothekenklage des Gläubigers gegenüber versagt, ein Verhältniß, welches nicht auf die Entscheidung darüber übertragen werden kann, welchem von mehreren Cessionarien eines und desselben Cedenten einer Forderung der Vorzug gebühre.

(**Die Anordnung der theilweisen anderweiten Vertheilung der Masse wird dahin gerechtfertigt:**)

Da der Subhastat am 28. Januar 1876 bezüglich der erst später zur Amortisation gelangenden Beträge noch keine Eigenthümerhypothek erworben hatte, so konnte er eine solche auch nur bezüglich des gedachten, damals bereits getilgten Betrages abtreten. Der in der Abtretung der ihm aus der Amortisation noch in der Zukunft erwachsenden Rechte enthaltene Verzicht auf die Disposition über die erst noch zu amortisirenden Beträge, resp. „über den künftig frei werdenden Lokus" ist zu Gunsten des Cessionars M. nicht eingetragen worden, und war dieser an sich noch kein rechtliches Hinderniß, daß diese erst nach dem 28. Januar 1876 zur

Amortisation gelangenden Beträge später Gläubigern (den Verklagten) im Wege der Exekution überwiesen werden konnten.

(Es folgt dann die Ausführung, daß die Entscheidung, wem der hiernach den Klägern nicht zuzusprechende Betrag der Masse gebührt, noch von weiteren Ermittelungen abhängig ist.)

---

## Nr. 11.

**Zur Anwendung des § 50 des Ges. v. 5. Mai 1872.**

1. Als eine nach § 50 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 zuläßige Sicherungsmaßregel ist auch die Sequestration des Pfandgrundstücks und eine Beschlagnahme seiner Früchte anzusehen.
2. Der Erlös der von dem Sequester in einer auf Grund des § 50 a. a. O. eingeleiteten Sequestration veräußerten, dem Schuldner gehörigen Früchte wird, sofern er bei der demnächst erfolgenden Einleitung der nothwendigen Subhastation noch vorhanden ist, von der dadurch bewirkten Beschlagnahme des Gutes zu Gunsten der Subhastations-Interessenten erfaßt.

(Erk. des III. Sen. des Ober-Tribunals v. 24. Januar 1879 in Sachen Gerichtskasse Görlitz wider Bersu.)

---

Der Verklagte hatte Zinsen einer auf ihn übergegangenen, auf dem H.'schen Grundstücke haftenden Grundschuld eingeklagt und zugleich auf Grund des § 50 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 im Wege des Arrestes zur Sicherung der Kapitalsforderung die Sequestration des Pfandgrundstücks erwirkt. Im Laufe des Sequestrationsverfahrens wurde von einem anderen Gläubiger auch die Subhastation des Grundstücks ausgebracht. Noch bevor dies geschah, hat der Sequester einen Erlös für verkaufte Früchte zur gerichtlichen Verwahrung gezahlt. Die klagende Kassenverwaltung nimmt von dieser Masse auf Grund einer im Kaufgelder-Belegungstermine ausgebrachten Beschlagnahme wegen einer Kostenforderung an den Subhastaten einen dieser Forderung gleich kommenden Betrag auf Grund des im § 78 Nr. 3 der Konk.O. bestimmten Vorrechts in Anspruch, während der Verklagte die Masse für sich verlangt, weil er in Höhe derselben mit seiner Grundschuld ausgefallen ist.

Das Appellationsgericht zu Glogau hat die abweisende Entscheidung des Kreisgerichts zu G. bestätigt. Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin ist verworfen.

Aus den Gründen:

— — Der Streit zwischen den Parteien bewegt sich im Wesentlichen nur um die Frage über den Umfang der nach § 50 des Eigenthumsgesetzes vom 5. Mai 1872 zugelassenen Sicherungsmaßregeln und deren Wirkung im Falle der Konkurrenz zwischen dem persönlichen, mit einem Vorzugsrechte versehenen Gläubiger und dem Realgläubiger, welcher die Sicherungsmaßregel in seinem Interesse ausgebracht hat.

(Nach Darstellung des Sachverhalts heißt es weiter:)

Der Appellationsrichter . . . . führt aus, daß die streitige Masse einen Theil der Kaufgelder des subhastirten Grundstücks bilde.

(Ein zweiter Entscheidungsgrund des Appellationsgerichtes und die sich darauf beziehenden Erwägungen des Ober=Tribunals interessiren hier nicht. Gegen den ersten Grund war Verletzung der §§ 30, 31, 50 des Ges. vom 5 Mai 1872, der §§ 60, 62 der Subh.O. und der §§ 46, 57, 78 Nr. 3 der Konk.O. gerügt. Dieser Vorwurf wird vom Ober=Tribunal für nicht gerechtfertigt erachtet, es wird ausgeführt:)

Zunächst kann nicht zugegeben werden, daß die nach dem angezogenen § 50 zugelassenen Sicherungsmaßregeln auf den Schutz gegen eine Fortsetzung der Verschlechterung des Grundstücks zu beschränken sind. Durch den Wortlaut dieser Gesetzesstelle ist eine solche Beschränkung nicht geboten. Es ist darin weder die Richtung der Sicherungsmaßregeln, noch die Art bestimmt, in welcher sie ausgeführt werden sollen. Während die frühere Gesetzgebung (A.L.R. I. 20 § 442) bei erheblicher Verringerung der Substanz richterliche Verfügung gegen die „nachtheiligen Dispositionen" des Besitzers eintreten ließ, ist von dieser Bestimmung jetzt abgesehen worden. Man hat also umsomehr Veranlassung, die Sicherungsmaßregeln nicht in Beziehung zu bringen zu den erheblichen „Verschlechterungen", sondern zu der gefährdeten „Sicherheit", so daß es sich also im Allgemeinen um Sicherung gegen weitere Gefahr des Verlustes und nicht bloß gegen eine Ursache dieser Gefahr handelt. Diese Auffassung entspricht auch allein dem Zwecke des Gesetzes, das Interesse der Hypotheken= und Grundschuldgläubiger zu wahren, nachdem durch das Verfahren des Grundbesitzers die früher vorhandene Sicherheit bereits geschmälert worden

ist. Von diesem Gesichtspunkte aus ist es nicht erfindlich, weshalb der Gesetzgeber eine Sicherung des Gläubigers durch Beschlagnahme der Früchte des verhafteten Grundstücks habe ausschließen wollen, die möglicher Weise ein Hauptobjekt der Befriedigung bilden, während das Grundstück selbst bereits durch eine aussaugende, die Ergiebigkeit des Bodens nachhaltig beeinträchtigende Kultur auf längere Zeit entwerthet ist und kaum noch mehr verschlechtert werden kann.

War sonach die eingeleitete Sequestration und die damit verbundene Beschlagnahme der Früchte des verpfändeten Grundstücks rechtlich zulässig, so fragt es sich nur noch, ob die aus dem Erlöse dieser Früchte gebildete Masse dem Vorrechte der Klägerin gegenüber zur Befriedigung der eingetragenen Gläubiger verwendet werden darf. Diese Frage beantwortet sich, ohne daß es erforderlich ist, zu untersuchen, ob eine Beschlagnahme der Früchte auf Grund des § 50 des Eigenthumsgesetzes vom 5. Mai 1872 als ein Ausfluß des Realrechts angesehen werden muß, mit der Wirkung, daß dadurch lediglich für die Realgläubiger ein Objekt ihrer Befriedigung gesichert wird, oder ob es sich dabei bloß um einen Fall des gewöhnlichen Arrestes handelt. Denn hier hat nach der Feststellung des Appellationsrichters die Klägerin erst im Termine zur Kaufgelderbelegung die Masse zum betreffenden Theile in Anspruch genommen. Durch die Einleitung der Subhastation war aber bereits vorher (Subh.O. § 9) eine Beschlagnahme des Grundstücks zu Gunsten der Realgläubiger gesetzlich eingetreten und damit der Moment, von welchem ab nach § 30 des Eigenthumsgesetzes vom 5. Mai 1872 die auf dem Grundstücke noch vorhandenen, wenn auch abgesonderten Früchte, sofern sie, wie die Klägerin hier voraussetzt, dem Subhastaten gehörig sind, von dem Sonderrechte der Realgläubiger erfaßt werden.

Der Appellationsrichter hat deshalb mit Recht die Klägerin mit ihrem persönlichen Anspruche an die Masse abgewiesen und sich einer Verletzung der von der Nichtigkeits-Beschwerde bezeichneten materiellen Gesetzesvorschriften nicht schuldig gemacht.

---

## Nr. 12.

**Wirkung der Entsagung des Nießbrauchs seitens des Nießbrauchberechtigten, welcher die Ausübung des Nießbrauchs einem Anderen übertragen hat.**

Das im Grundbuch eingetragene Recht eines Dritten auf die Ausübung des Nießbrauchs an einem Grundstücke erlischt nicht durch eine zu Gunsten des Grundstückseigenthümers durch den Nießbraucher allein erklärte Entsagung des Nießbrauchs.

A.L.R. I. 21; §§ 110. 180 ff.

(Erk. des III. Sen. des Ober-Tribunals v. 13. Juni 1879 in Sachen Goos wider Degener.)

---

Kläger hatte in nothwendiger Subhastation Theilungs halber Grundstücke erstanden, auf denen in Abth. II. „der der Wittwe H. zustehende lebenslängliche Nießbrauch gegen Verpflegung und Erziehung ihrer Kinder, jetzt übertragen dem Miteigenthümer Hermann G." eingetragen stand. Die Eintragung beruhte auf einem Auseinandersetzungsrezesse über den Nachlaß des H., in welchem dessen Kinder das Nießbrauchsrecht der Wittwe anerkannt, die Wittwe dagegen die Verpflichtung zur Verpflegung und Erziehung ihrer Kinder übernommen und sodann dem Hermann G., ihrem Schwiegersohne, ihr Mobiliarvermögen und ihr Nießbrauchsrecht mit der Bewilligung, dasselbe für sie auszuüben, gegen die Verpflichtung, sie und die Kinder zu unterhalten, übertragen hatte. In dem Zuschlagsurtheil war dem Kläger die Verpflichtung auferlegt, ohne Anrechnung auf den Kaufpreis das Abth. II. eingetragene Nießbrauchsrecht „der Wittwe H." zu übernehmen. Die Wittwe H. hatte jedoch kurz vor dem Lizitationstermine in einer notariellen Erklärung ihrem Nießbrauchsrechte entsagt und die Löschung bewilligt, und der Notar hatte diese Erklärung zu den Grundakten eingereicht. Hierauf und auf die Behauptung, daß die Entsagung ihm gegenüber geschehen sei, gründete der Kläger den Antrag, den Hermann G. zur Räumung der Grundstücke und zur Bewilligung der Löschung des Nießbrauchs zu verurtheilen. Das Kreisgericht in Recklinghausen wies den Kläger ab, das Appellationsgericht zu Münster verurtheilte den Verklagten nach dem Klageantrage. Das zweite Erkenntniß wurde jedoch vom Ober-Tribunal vernichtet und das erste bestätigt.

In den Gründen

ist zunächst ausgeführt, daß das Appellationsgericht, indem es aus § 181 A.L.R. I. 21 gefolgert, daß durch die Entsagung der Wittwe H. auf den Nießbrauch auch das Recht des Verklagten auf die Ausübung desselben erloschen sei, dieses Gesetz verletzt habe, weil § 181 a. a. O. keine Bestimmung darüber treffe, welche Wirkung die Entsagung habe, wenn der Nießbraucher über sein Recht oder über die Ausübung desselben zu Gunsten Dritter bereits verfügt habe. Demnächst wird die Frage, ob der Nießbraucher, wenn er gemäß § 110 A.L.R. I. 21 die Ausübung des Nießbrauchs einem Dritten rechtsverbindlich übertragen hat, über das Nießbrauchs r e ch t unabhängig von diesem Dritten mit d e r Wirkung verfügen können, daß das Recht des Dritten auf die Ausübung durch solche Verfügung beeinflußt werde, einer anderweiten Prüfung unterzogen und aus folgenden Gründen verneint:

Spezielle Bestimmungen darüber enthält das preuß. A.L.R. nicht. Es muß also auf allgemeine rechtliche Grundsätze, insbesondere auf das gemeine Recht zurückgegangen werden, letzteres um so mehr, als eine Abänderung desselben vom Gesetzgeber sicher nicht gewollt ist, vielmehr die Lehre vom Nießbrauch den Grundsätzen des gemeinen Rechts im Wesentlichen entsprechend wiedergegeben ist. Eine Abweichung von demselben ist jedenfalls nicht bei der hier vorliegenden Frage beabsichtigt. Vergl. Suarez Vorträge bei der Schlußrevision in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. 41 S. 62 ff. Vielmehr entspricht der § 110 cit. dem gemeinrechtlichen Grundsatze, daß der Nießbrauch nicht, was d a s R e ch t s e l b st betrifft, wohl aber, was die A u s ü b u n g betrifft, übertragen werden könne, l. 12 § 2, l. 38—40 D. de usufr. VII. 1; v. V a n g e r o w, Leitfaden Bd. 1. S. 675 (§ 344 Anm. 3), A r n d t s, Lehrbuch § 179 Nr. 3, P u ch t a, Vorlesungen § 178, W i n d s ch e i d, Pandekten § 205. Wegen der Bedeutung des Rechts des Dritten ist l. 11 § 9 D. de pign. XX. 1 von größter Erheblichkeit:

> Ususfructus an possit pignori hypotecaeve dari, quaesitum est. Et scribit Papinianus lib. XI. resp., tuendum creditorem, et si velit cum creditore p r o p r i e t a r i u s agere: non esse ei j u s uti frui invito te, tali exceptione eum Praetor tuebitur, si n o n i n t e r c r e d i t o r e n e t e u m, a d q u e m u s u s f r u c t u s p e r t i n e t, convenerit, ut usus-

fructus pignori sit; nam et quum emtorem usus fructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur?

Mit Recht sagt Windscheid a. a. O. daher, daß der Erwerber der Ausübung des Nießbrauchs nicht bloß ein obligatorisches Recht gegen den Veräußerer habe, daß er vielmehr den fremden Nießbrauch kraft eigenen Rechts geltend machen könne. Demnach ist die Ausübung des Nießbrauchs Gegenstand eines Rechts, über welches als über eine selbstständige Sache verfügt werden kann. Dieser Satz widerspricht auch keineswegs den Grundsätzen des A.L.R. Dieses erkennt das Eigenthum auch an Rechten an (§ 1 I. 8). Der Nießbrauch ist daher der Gegenstand des Eigenthums. Das A.L.R. sondert im Eigenthum die Proprietät und das Nutzungsrecht. Es läßt den Fall zu, daß Jemand die bloße Proprietät, ein Anderer das Nutzungsrecht hat (§§ 9—11. 19 l. c.). Das Nutzungsrecht selbst ist wieder Gegenstand des Eigenthums des Nutzungsberechtigten. Dieses auf den Nießbrauch angewendet hat der Nießbraucher, welcher das Recht der Ausübung desselben veräußert, nur noch die Proprietät des Nießbrauchs. Das Nutzungsrecht des Nießbrauchs steht im Eigenthum des Erwerbers. Ist aber das Recht der Ausübung des Nießbrauchs ein solches, welches in der Person eines Dritten als ein eigenes Recht bestehen kann, ist es demnach ein Gegenstand der Veräußerung, so ist der Modus der Veräußerung die Cession (A.L.R. I. 11 § 376). Daher finden auch die Grundsätze von der Cession auf den Fall der Uebertragung des Ausübungsrechts am Nießbrauche Anwendung. Durch die Erklärung der Uebertragung und die Annahme dieser Erklärung geht dieses Recht in das Eigenthum des neuen Inhabers über, und tritt soweit letzterer in alle Rechte und Pflichten des Cedenten (§§ 393. 402 l. c.). Der Nießbraucher verliert damit die Befugniß über sein Recht, soweit es die Ausübung betrifft, zu verfügen (A.L.R. I. 16. § 6). Wie er daher das Ausübungsrecht nicht zum zweiten Male einem Anderen übertragen kann, ebenso wenig kann er dem Eigenthümer der Sache gegenüber auf die Ausübung des Nießbrauchs verzichten. Nur sein Recht, die Poprietät am Nießbrauch, ist seiner Disposition verblieben. Die Entsagung derselben hat daher auch nicht die Wirkung, daß das Nutzungsrecht am Nießbrauche, welches einem Dritten zusteht, erlösche. Denn die Entsagung reicht nicht weiter als das Recht des Entsagenden. Der § 33 A.L.R.

I. 19 kann hiernach seine Wirkung nur dahin äußern, daß das Recht des Nutzungsberechtigten endigt, wenn der Nießbrauch selbst durch andere Art als durch einen Verfügungsakt des Nießbrauchsberechtigten endet, also z. B. durch seinen Tod. Vergl. auch Windscheid a. a. O. Anm. 4. — (Die weiteren Gründe interessiren hier nicht.)

# Literatur.

## 1.

### Ueber die Bedeutung des gemeinen deutschen Civilprozesses für das Verständniß und die Anwendung des neuen Reichsprozeßrechts.

Herr Professor Dr. Volgiano in München hat ein

Handbuch des Reichs-Civil-Prozeßrechts auf rationellen Grundlagen, mit vergleichender Darstellung des gemeinen deutschen Civilprozesses für Studierende und zum Gebrauch in der Praxis. Allgemeiner Theil (Stuttgart, Ferdinand Enke)

herausgegeben, welches unseres Erachtens Gefahren für das Verständniß und die Anwendung des Reichsrechts in sich birgt, auf welche wir aufmerksam machen wollen.

Der Verfasser beginnt die Vorrede mit den Worten:

So groß auch die Zahl und Trefflichkeit der zur D. C.P.O. erschienenen Kommentare ist, so ist doch bis dato weder eine systematische Bearbeitung des neuen Prozeßrechts noch eine vergleichende Darstellung des alten (gemeinen deutschen) und Reichs-Civil-Prozeßrechts, noch eine Zusammenfassung der allgemeinen Prozeßgrundsätze und rationellen Grundlagen des neuen Verfahrens — herausgegeben worden.

Diesem Uebelstande will der Verfasser versuchen, durch sein Buch abzuhelfen. Die Ankündigung klang unserem Ohr recht erfreulich. Es ist in diesen Beiträgen ja schon vielfach auf die Nothwendigkeit einer systematischen Zusammenstellung des neuen Prozeßrechts sowie auf die große Bedeutung der gemeinrechtlichen Wissenschaft für das Verständniß der C.P.O. hingewiesen. Etwas beunruhigt wurden wir durch den Zusatz des Verfassers, daß seine Darstellung „zunächst für Studierende" bestimmt sei. Wir dachten an die Arbeiten von Fitting und Dochow und hofften, daß der Verfasser nach Art dieser Rechtslehrer durch knappe, sich möglichst an die Gesetzesworte haltende Darstellung und Vermeidung von Kontroversen das Verständniß des neuen Rechts den Lernenden erleichtern wolle. Die Enttäuschung sollte jedoch nicht lange ausbleiben. Es trat uns vorweg störend der Mangel eines klaren Systems entgegen.

Bei einem Lehrbuche, welches „zunächst für Studierende" geschrieben ist, halten wir es für eine Hauptaufgabe, die einzelnen Rechtsgrundsätze so zu ordnen, daß ihr Zusammenhang unter einander, sowie ihr Verhältniß zu den das System beherrschenden allgemeinen Lehren leicht erkennbar ist. Der Verfasser scheint dieser Anforderung dadurch gerecht werden zu wollen, daß er nach dem Vorgang namentlich älterer Lehrbücher recht viele Prozeß=Maximen neben einander stellt. So werden z. B. S. 30 sechs staatsrechtliche Grundsätze aufgezählt, von denen der Verfasser jedoch selbst sagt, daß von ihrer Erörterung füglich Umgang genommen werden könne. Dann folgt weiter eine Reihe prozessualischer Grundmaximen. Die Zahl derselben möchte der Verfasser noch gern vermehren und schlägt deshalb vor, den Grundsatz: in dubio pro reo als „Bevorzugungsmaxime" zu bezeichnen (S. 142). An zahllosen Stellen des Buches wird auf frühere oder spätere Erörterungen verwiesen. Es dürfte keinen deutlicheren Beweis für die Mangelhaftigkeit der Anordnung geben.

Wir wollen jedoch in dieser Beziehung mit dem Verfasser nicht zu scharf rechten. Viel schwerer wiegt der Vorwurf, daß der Verfasser seiner Ankündigung zuwider nicht das Reichsprozeßrecht mit vergleichender Darstellung des gemeinen Civilprozesses, sondern den gemeinen Civilprozeß mit Vergleichung des Reichsprozesses geschrieben hat.

Wer das Lehrbuch des Verfassers liest, wird schwerlich den Eindruck gewinnen, daß die C.P.O. eine neue, selbständige Form des Prozesses, welche auf verschiedenen Grundlagen ruht, geschaffen hat. Er muß vielmehr annehmen, daß der gemeine Prozeß nach wie vor in Deutschland der herrschende geblieben und durch die Reichsgesetze nur abgeändert und weiter ausgebildet ist. In den meisten Fällen stellt der Verfasser das „alte Recht" voran und erwähnt dann dessen Modifikation „im neuen Recht" (S. 31 u. s. w.). Gewöhnlich pflegt auf längere Erörterungen über die Grundsätze des gemeinen Prozesses eine kurze Notiz der Art zu folgen: abweichend ist die C.P.O. oder „das neue Recht". Zuweilen wird eine kurze Inhaltsangabe des neuen Rechts beigefügt, zuweilen letzteres in einer Note abgemacht (S. 451, 471).

Da wir das Verfahren des Verfassers so scharf tadeln, halten wir es für unsere Pflicht, wenigstens durch ein Beispiel den Leser selbst zu einem Urtheil zu befähigen. Seite 299 ff. handelt der Verfasser von den Dekreten. Nach kurzen historischen Notizen aus dem römischen Recht wird die Distinktion der prozeßleitenden und prozeßentscheidenden Dekrete gegeben und bei letzteren die Unterscheidung nach dem Inhalt und der Form erwähnt. Nach dem Inhalt theilt der Verfasser die entscheidenden Dekrete in Endurtheile, welche die Hauptsache selbst entscheiden, und Zwischenbescheide (Interlokute &c.) ein. Noch weiter werden die Zwischenbescheide in interlocutoriae merae und mixtae eingetheilt. Dann folgen S. 303 die beiden Sätze:

> Der praktische Werth der ganzen Eintheilung hängt mit der Zulässigkeit, resp. Nothwendigkeit der Appellation zusammen.
>
> Im römischen Recht war bloß das Endurtheil selbständig appellabel, die Interlokute waren es nur in wenigen Ausnahmefällen. Und ebenso verhält es sich wieder im neuen Prozeß.

Unsere Hoffnung, daß der Verfasser nunmehr auf die Grundsätze der C.P.O. von den Dekreten näher eingehen würde, blieb unerfüllt. Er bringt vielmehr eine Erörterung über die Appellabilität der Dekrete und über deren Eintheilung mit Rücksicht auf Inhalt und Form. Sodann (S. 308) wird auf wenigen Reihen ausgeführt, daß im neuen Prozeß die einfachen Dekrete prozeßentscheidenden Inhalts nur ausnahmsweise vorkommen, nämlich bei außerordentlichen Prozeßarten und im ordentlichen Verfahren bei den Verfügungen, welche keine mündliche Verhandlung voraussetzen. Zum Schluß versucht der Verfasser die Eintheilung der Dekrete in der ältern und neuern Doktrin zu vereinigen, bemerkt jedoch, daß im neuen Prozeß die ganze Klassifikation in den Hintergrund trete, weil der Prozeßbetrieb größtentheils in den Händen der Parteien liege, und weil alle Fristen, Termine und Ladungen kraft Gesetzes peremtorische seien.

Es würde uns nicht schwer fallen, bei anderen Prozeßmaterien eine ganz ähnliche Darstellung des Verfassers nachzuweisen. Wir glauben jedoch, daß diese eine Probe genügt.

Ist es aber erlaubt, möchten wir fragen, in solcher Art ein Handbuch des Reichs-Civilprozesses zu schreiben? Wenn man auch von den Studierenden, für welche der Verfasser zunächst schreibt, absehen will, wer befindet sich denn überhaupt im Stande, aus einem derartigen Durcheinander ein klares Bild von dem neuen Prozesse zu gewinnen? Es ist schon von anderer Seite (Bd. XXIII S. 473 der Beiträge) dem Verfasser zum Vorwurf gemacht, daß er die Unterscheidungen der Schule, für welche der Inhalt der neuen Prozeßordnungen keinen Anlaß bietet, in wenig nutzbringender Weise bei seiner Darstellung verwende. Dieser Fehler tritt in dem Handbuche ganz unerträglich auf. Man könnte fast zu dem Glauben kommen, daß alte Kollegienhefte über den gemeinen Civilprozeß unverändert zur Grundlage des Buches genommen und daß ihnen nur die erforderlichen Zusätze über „das neue Recht“ einverleibt sind.

Der Hauptfehler des Werkes liegt aber darin, daß der Verfasser die Bedeutung des gemeinen Prozesses für den Reichsprozeß weit überschätzt und hierdurch, wenn man ihm folgen will, die Gefahr einer unrichtigen Rechtsanwendung hervorruft. Man wird uns schwerlich den Vorwurf machen, daß wir den Bestrebungen Vorschub leisten, den Zusammenhang des geltenden Rechts mit der gemeinrechtlichen Wissenschaft zu lockern. Wir sind vielmehr dem Verfasser dafür dankbar, daß er auf Gebieten, wo die C.P.O. keine oder nur sporadische Bestimmungen trifft, die anzuwendenden Rechtsgrundsätze unter stetem Hinblick auf das gemeine Recht entwickelt. So halten wir seine Erörterungen über die Rechtskraft, Prozeßkosten, Kautionen u. s. w. — abgesehen von der Form der Darstellung — für ganz angemessen. Wenn er dagegen S. 13 zu den Resultaten gelangt:

> **Der gemeine Prozeß wird daher immer der grundlegende, ja in gewissem Sinne sogar der praktische Civilprozeß bleiben, wenigstens in jenen Gebieten, welche dem innern Prozeßrecht und der Prozeßmetaphysik angehören,**

so meinen wir, daß er hierin zu weit geht. Die C.P.O. hat, wie dem Verfasser ja nicht unbekannt ist, bei sehr wichtigen Lehren den altpreußischen, rheinischen und namentlich den hannoverschen Prozeß zur Grundlage. Mit mehr Recht sagen Struckmann und Koch (Komment. II. Auflage S. XX):

> Die C.P.O. ist nicht auf dem Boden eines einzelnen der in Deutschland geltenden Prozeßsysteme erwachsen. Im schärfsten Gegensatze steht sie zum gemeinen Civilprozesse und, obwohl in geringerem Maße, zu dem preußischen Prozeßrecht.

Der Umstand, daß der gemeine Prozeß auf allen Universitäten selbst neben dem rheinischen Prozesse gelesen wird, liefert keinen Beweis für die Ansicht des Verfassers. Wer den Reichsprozeß vortragen will, muß nothwendig den gemeinen Prozeß berücksichtigen, sowohl als historische Grundlage für viele prozessualische Lehren, als auch wegen des Schatzes von wissenschaftlichen Erörterungen, welche darin theils begonnen, theils zum Abschluß gebracht sind. Man darf aber deshalb nicht folgern, daß der gemeine Prozeß, wo er nicht durch das Reichsrecht abgeändert ist, die Grundlage unseres gegenwärtigen Rechtszustandes bildet. Zutreffend sagen v. Wilmowski und Levy (Komment. S. 14):

> Die C.P.O. ist eine Neubildung und nicht Kopie eines der bisherigen Prozeßsysteme.

Wer ein Lehrbuch des Reichs-Civilprozesses schreiben will, muß deshalb die Grundsätze der C.P.O. voranstellen. Er mag daneben erörtern, wie sich die einzelnen bisher in Geltung stehenden Prozeßrechte zu dem Gesetze verhalten, er mag hieraus Folgerungen für das Verständniß und die Fortentwicklung des neuen Rechts ziehen, niemals aber darf er ein einzelnes Prozeßsystem zur Grundlage nehmen und im Anschluß an dessen Grundsätze die Abweichungen der C.P.O. darstellen. Man wende nicht ein, daß die wissenschaftlichen Darstellungen einzelner materieller Territorialrechte in der von uns angefochtenen Weise unter allgemeinem Beifall verfahren. Für das materielle Recht der Einzelstaaten, selbst für das Landrecht, ist das gemeine Recht in ganz anderer und umfassenderer Art die Grundlage gewesen, als der gemeine Prozeß für die C.P.O. Wenn hervorragende Rechtskundige in Oesterreich und Preußen versucht haben, der klügelnden Wortinterpretation des Gesetzes, welche das wissenschaftliche Denken tödtet, durch Entwicklung der Rechtsbegriffe auf Grundlage der gemeinrechtlichen Wissenschaft entgegenzutreten, so hat das bei der kasuistischen Fassung des Landrechts die segensreichsten Folgen gehabt. Wer will aber verkennen, daß die Gesetzgebung der letzten Dezennien sowohl in formaler Beziehung, als durch Verwerthung der von der Wissenschaft gewonnenen Resultate ganz anders dasteht, als das Landrecht, und wer würde es unternehmen, bei einer Darstellung des Handelsrechts, der Grundbuchgesetze u. s. w. vom römischen Recht auszugehen und nur die Abweichungen des neuen Rechts zu konstatiren?

Wie aber der Verfasser seinen Satz, daß der gemeine Prozeß praktisches Recht sei, durchführt, wollen wir an einem Falle näher zeigen. Es ist bekannt, daß gerade in der Lehre vom Beweise die C.P.O. vom gemeinen Prozesse abweicht. Nichts desto weniger bewegt sich der Ver-

fasser auch auf diesem Gebiete fast ausschließlich auf dem Boden des gemeinen Prozesses. Ueber die Fassung des Beweissatzes stellt er S. 484 ff. acht Regeln auf, von denen er im Text sagt, daß sie

> zum Theil auch beim antizipirten Beweis (also im neuen Prozeß) gelten.

Unsere Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Behauptung wurden wach, als bei der vierten Regel (S. 486) mehrfach von „interloquiren“, bei der siebenten und achten Regel von „Interlokuten“ die Rede war. Wir beruhigten uns jedoch, als wir aus Note o S. 485 ersahen, daß die Regeln 4 bis 8 „nur für den auferlegten, nicht für den antizipirten Beweis, also nur für den alten, nicht auch für den neuen Prozeß“ Anwendung finden. Wie ist es aber möglich, bei einer so äußerst beschränkten Geltungssphäre die gemeinrechtlichen Lehren vom Beweise zur Grundlage für den Reichs-Civilprozeß zu nehmen? Auf die ganz absonderlichen Vorschläge des Verfassers über die Benennung des Hauptbeweises (S. 502) und auf seine (wie er selbst anerkennt, mit den Motiven und allen Kommentaren nicht übereinstimmende) Ansicht über den Gegenbeweis einzugehen, können wir uns umsomehr enthalten, als sie wohl schwerlich weitere Beachtung finden werden.

Trotz aller dieser Bedenken würde man dem Werke des Verfassers einen gewissen Werth nicht absprechen, wenn darin eine Förderung der gemeinrechtlichen Doktrin zu finden wäre, oder wenn die geschehene Anwendung der gemeinrechtlichen Grundsätze auf das Reichsrecht ein sicheres Urtheil bekundete. Wenn wir in ersterer Beziehung unsere verneinende Ansicht näher begründen wollten, so würde es den zuläßigen Raum überschreiten. Der Leser wird sich durch Vergleichung des vorliegenden Handbuchs mit einem der andern neuern Prozeßkompendien leicht sein Urtheil bilden. Er wird z. B. bemerken, daß bei der Darstellung des Kontumazialprinzips (S. 437 ff.) nur ältere Ansichten vorgetragen und die neuen Forschungen von Degenkolb, v. Bülow und Wach — so weit ersichtlich — ganz unberücksichtigt geblieben sind. Er wird weiter fragen, weshalb die frühere Lehre von den judicia duplicia (S. 112) noch umständlich vorgetragen wird, obwohl der Verfasser zugiebt, daß sie nach Eck's Erörterungen selbst für das gemeine Recht ohne Bedeutung ist. Er wird vielleicht auch eine gewisse Dürftigkeit in der Lehre von von den Anerkennungs- und Feststellungsklagen entdecken, die nicht dadurch beseitigt ist, daß der Verfasser „über das Ganze“ der Lehre auf die Kommentare von Hellmann und Lothar Seuffert verweist. (S. 100).

In der zweiten angedeuteten Beziehung ist uns eine ganz ungewöhnliche Zahl von bedenklichen und zum Theil entschieden falschen Ausführungen des Verfassers aufgestoßen. Wir meinen damit nicht die Singularitäten, welche er in anderen Zeitschriften veröffentlicht hat. Man durfte kaum erwarten, daß er trotz der entschiedenen Verurtheilung, welche z. B. seine Auffassung von den gemeindilatorischen Einreden erfahren hat, die Selbstüberwindung besitzen würde, auf solche einmal publizirte Eigenthümlichkeiten zu verzichten. Wir wollen auch von den vielen Ungenauigkeiten im Ausdruck absehen, obwohl dadurch leicht Mißverständnisse erzeugt werden können. So heißt es z. B. S. 48 Nr. 7:

Das Fragerecht wird vom Vorsitzenden ausgeübt, kann aber jedem Gerichtsmitgliede auf Verlangen gestattet werden.

Richtiger wäre nach § 130 Abs. 3 C.P.O. statt kann das Wort muß gesetzt. Weiter ist S. 333 gesagt:

Ueber den modus der Abstimmung ist zwar im Gesetz nichts bestimmt, jedoch wurde in der Kommission anerkannt, daß die Abstimmung nach Elementen, nicht nach dem Resultat, das Richtige sei.

Was meint der Verfasser mit den gesperrt gedruckten Worten? Daß alle Amendements zu § 196 G.V.G. in der Kommission abgelehnt sind, wird daraus schwerlich Jemand entnehmen. Aeußerungen einzelner Kommissionsmitglieder, denen keine Folge gegeben ist, haben aber für die Auslegung des Gesetzes geringen Werth.

Um einige hervorragende Besonderheiten des Verfassers zu zeigen, führen wir Folgendes an:

S. 295 wird unter den wesentlichsten Erfordernissen eines Protokolls aufgeführt:

4. Das P. muß die Unterschrift des Richters und Aktuars sowie die Beidrückung des Gerichtssiegels enthalten.

Als Belag zitirt der Verfasser: D.P.O. § 149.

Wo erwähnt denn aber § 149 der Beidrückung des Gerichtssiegels? Ich fürchte, daß es den meisten gerichtlichen Protokollen an diesem wesentlichen Erfordernisse fehlt. Da der Mangel wesentlicher Requisite nach S. 296 das Protokoll „null und nichtig" macht, so könnte, wenn die Ansicht des Verfassers richtig wäre, durch das in allen Gerichtshöfen übliche Verfahren eine bedenkliche Rechtsunsicherheit entstehen.

Ueber die Beweiskraft gerichtlicher Protokolle wird S. 299 gesagt:

Nach der C.P.O. § 383 Abs. 3 ist der Gegenbeweis gegen den Inhalt einer öffentlichen Urkunde, und also auch des Protokolls (von entgegenstehenden Bestimmungen der Landesgesetze abgesehen) unbedingt zulässig.

Das ist zum Theil falsch. Bei Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises aufgenommen sind (C.P.O. § 380), ist der Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei, zulässig und jede Einwirkung der Landesgesetze auf diesen von der C.P.O. ausgesprochenen Rechtsgrundsatz ausgeschlossen. Nur bei den im § 383 gedachten Urkunden können die Landesgesetze den Gegenbeweis abschneiden oder beschränken.

Bei der Schöpfung der Urtheile, sagt der Verfasser, müsse im Falle einer relativen Majorität eine wiederholte Umfrage vorgenommen werden, und wenn diese kein anderes Ergebniß liefert, nach gemeinem Recht zur Aktenversendung oder temporären Verstärkung des Kollegiums geschritten werden.

Und ebenso (natürlich mit Ausschluß der Aktenversendung) wird es auch im neuen Prozeß zu halten sein, wenn die wiederholte Um-

frage keine absolute Majorität zuwege bringt, da das G.V.G. hierüber keine Bestimmung enthält. Nur muß hier die mündliche Verhandlung erneuert werden, wenn das Kollegium temporär verstärkt wird (S. 334).

Es bedarf wohl keines Kommentars zu dieser, man könnte wohl sagen, ungeheuerlichen Ansicht.

Wir würden dem Verfasser aber Unrecht thun, wenn wir unerwähnt ließen, daß er neben dem gemeinen Prozesse noch einen zweiten, den bayerischen Prozeß, speziell berücksichtigt. Es geschieht dies, wie S. 15 gesagt wird, um zu zeigen, wie viele Bestimmungen der deutschen C.P.O. aus der viel geschmähten bayerischen herrühren, ja öfter sogar dem Wortlaut nach mit ihr koindiziren. Ob dieser Grund es rechtfertigt, daß im Texte eines Handbuches des deutschen Civilprozesses Aeußerungen eines bayerischen Regierungskommissarius im Jahre 1837 über das Präjudiziengesetz wörtlich mitgetheilt werden (cf. S. 22), lassen wir dahin gestellt. Mögen aber auch außer den angeführten noch andere örtliche oder persönliche Gründe im Hintergrund liegen, wir würden dem Verfasser die Bevorzugung seines heimathlichen Rechts nicht verargen, wenn dies Verfahren ihn nicht dahin geführt hätte, ganz deutliche Bestimmungen der C.P.O. mit bayerischer Brille anzusehen. So sagt er S. 356:

> Einfache Dekrete und ebenso Beschlüsse und Verfügungen im neuen Prozeß können vom dekretirenden Richter selbst wieder zurückgenommen oder abgeändert werden, a b e r n u r a u f e r g a n g e n e R e m o n s t r a t i o n d e r v e r l e t z t e n P a r t e i.
>
> Vgl. c. 60 X. (2, 28) (Bayer. P.O. art. 296) D.P.O. arg. § 289 und 325. Siebenhaar Kmt. S. 325.

Siebenhaar sagt im Gegentheil, daß Beweisbeschlüsse und prozeßleitende Verfügungen für das Gericht keine verbindende Kraft haben. § 289 spricht nur von End- und Zwischenurtheilen und § 325 bestimmt, daß die Parteien eine Aenderung des Beweisbeschlusses auf Grund der früheren Verhandlungen nicht beantragen dürfen. Das Reichsgesetz bietet also für die vom Verfasser hinzugefügte Einschränkung keinen Anhalt. Da auch die Motive zu § 279 des Entw. sagen:

> daß umgekehrt Verfügungen und Beschlüsse prozeßleitender Natur für das Gericht keine bindende Kraft haben, ist von dem Entwurf — abweichend von neuern Gesetzeswerken (vgl. Bayern art. 296 zc.) — als selbstverständlich weggelassen,

so wird der Verfasser wohl schwerlich durch den Hinweis auf die bayerische Prozeßordnung irgend Jemand von der Richtigkeit seiner Auffassung überzeugen.

Wenn der Verfasser sein Buch, von dem bisher nur der allgemeine Theil uns vorliegt, fortzusetzen beabsichtigt, so könnte er den Leser wenigstens durch eine genauere Kontrolle des Druckes erfreuen. Denn daß der alte Hommel S. 367 zum Hammel gemacht wird, daß zweimal S. 431 und 505 reprobando modo statt reprobandi modo gedruckt ist, entspricht vermuthlich nicht seinem Willen. Wir würden unsrerseits uns nicht betrüben, wenn die Fortsetzung ausbliebe. Dagegen sprechen wir

wiederholt den Wunsch aus, daß endlich eine berufenere Hand es unternimmt, den Reichs-Civilprozeß systematisch darzustellen. Es giebt, glauben wir, kaum ein Werk, welches mehr auf den Dank des ganzen juristischen Publikums rechnen könnte. Rassow.

---

## 2.

**Die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz von Julius Petersen. Lahr bei Schauenburg. 1878. 79. Zwei Bände.**

Diesem Kommentar der Civilprozeßordnung ist es zu Gute gekommen, daß der Verfasser bei seiner fleißigen Arbeit neben den Materialien der Prozeßgesetze bereits die Vorarbeiten anderer Kommentatoren benutzen konnte. Insbesondere ist von ihm auf die Ausgaben der Civilprozeßordnung von Siebenhaar, Seuffert, Struckmann-Koch, Wilmowski-Levy und Puchelt Rücksicht genommen. Der Verfasser weist in stärkerem Maße als die Mehrheit seiner Vorgänger auf die Prozeßliteratur des gemeinen und französischen Rechts hin und zwar nicht bloß auf die gangbaren Kompendien, sondern auch auf die monographischen Behandlungen einzelner Lehren und die Judikatur der Gerichte. Seine Darstellungsweise ist klar und präzis. Als französisch-rechtlichen Juristen steht ihm die Vergleichung des neuen Verfahrens mit dem des französischen Prozesses am nächsten: vielleicht ist gerade aus diesem Grunde das Bild, welches er sich von dem neuen Verfahren gemacht hat, ein bestimmteres. Freilich wird auch bei ihm die Praxis für manche der Fragen, welche schon in den ersten Tagen der Ueberführung des neuen Rechts in das Leben in großer Zahl sich hervorgedrängt haben, vergebens nach Rath ausschauen. Solche Fragen müssen eben erst vom Leben gestellt werden. Die Phantasie des grünen Tisches und der Studirstube reicht nur in beschränktem Maße an sie heran, und das eigene Nachdenken, das Finden des Rechts, kann dem Juristen, Gottlob, durch keinen Kommentar erspart werden. Der P'sche Kommentar gehört aber jedenfalls zu denjenigen, die bei dem Finden des Rechts gute Hülfe leisten werden; nicht bloß französische Juristen werden ihn mit großem Nutzen zur Hand nehmen.

Ueber einzelne Fragen des neuen Civilprozeßrechts hat der Verfasser sich schon während seiner Arbeit vernehmen lassen; die Busch'sche Zeitschrift verdankt ihm mehrere anregende Beiträge. Im Kommentar wird von diesen Nebenarbeiten sachgemäß nur das Ergebniß mitgetheilt, ohne daß die Gleichmäßigkeit der Darstellung durch eine ausführlichere Auseinandersetzung durchbrochen würde. Wo dem Verfasser eine ungenaue Wendung entschlüpft, ergiebt der Fortgang der Darstellung bald selbst die Richtigstellung. Z. B. wird Bd. II S. 66 unterschiedlos gelehrt, daß eine Beweisaufnahme, welche nothwendig erscheine, durch Beweisbeschluß anzuordnen sei; auf Seite 165 wird aber die Einschränkung gegeben, daß es eines Beweisbeschlusses nicht bedarf, wenn die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren nicht erfordert. Daß es nicht an Ansichten fehlt, die zum Widerspruch herausfordern, ist selbstverständlich, indessen ist es mißlich, Einzelheiten herauszugreifen. — In der Lehre

von den Klageänderungen Bd. II. S. 35 berührt sich der Verfasser mit Wachs interessanten Auseinandersetzungen in dessen neuerlich erschienenen „Vorträgen über die Reichscivilprozeßordnung" S. 22 ff., insbesondere wenn er ausführt, daß die Entscheidung über eine auf bestimmte Rechtstitel gegründete dingliche Klage die nachträgliche Geltendmachung eines anderen Rechtstitels, der schon vor Erlaß des Urtheils bestanden haben soll, ausschließe und daß deshalb jede Anführung eines andern Rechtstitels im Laufe des Prozesses zur Begründung des in Anspruch genommenen dinglichen Rechts als zulässige Klageverbesserung angesehen werden müsse. P. (Bd. II, S. 7) und Wach halten hiernach die Eigenthumsklage mit der bloßen Behauptung des Eigenthums ohne jeden Erwerbgrund für eine ausreichende Grundlage der Rechtshängigkeit des Eigenthumstreits, wenngleich sie nicht verkennen, daß eine solche Klage, wenn darauf hin ein Versäumnißurtheil erlassen werden soll, wegen des Mangels thatsächlicher Begründung abzuweisen sein wird. — Die in diesen Blättern Bd. 23 S. 472 bei Besprechung eines Baron'schen Aufsatzes erörterte Frage, ob das Amtsgericht sich trotz des Wortlauts des § 467 C.P.O. bezüglich eines im Laufe des Rechtsstreits durch Klageerweiterung oder Widerklage erhobenen Anspruchs von Amtswegen für unzuständig erklären könne, soweit vor dem Landgericht ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist, scheint P. Bd. II. S. 53 und 317 verneinen zu wollen, da er an der ersteren Stelle die Fälle sachlicher und örtlicher Unzuständigkeit einander gegenübergestellt und nur, wenn die letztere aus der Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes eines andern Gerichts entspringt, lehrt, daß nicht anzunehmen sei, die C.P.O. habe von der im Interesse der öffentlichen Ordnung ausgesprochenen Ausschließlichkeit eines Forums Ausnahmen zulassen wollen. Derselbe Grund muß m. E. dahin führen, den § 467 dahin auszulegen, daß, wenn gegenüber einer Anspruchserweiterung — (z. B. den Kläger für ein eheliches Kind zu erklären) — die Zuständigkeit des Amtsgerichts durch Prorogation nicht zu begründen ist, der Mangel eines Widerspruchs des Verklagten zwar das Amtsgericht hindert, die ganze Sache mit dem Ausspruch eigener Unzuständigkeit an das Landgericht zu verweisen, aber nicht hindert, bei sachlicher Entscheidung über den ursprünglichen Antrag den erweiterten durch den Ausspruch der Unzuständigkeit zu erledigen. — Beiläufig mag bei dieser Gelegenheit auf die, soviel ich sehen kann, bisher von keinem der Kommentatoren erörterte Frage hingewiesen werden, wie das in der Berufungsinstanz verhandelnde Landgericht sich zu verhalten hat, wenn der Anspruch in zweiter Instanz über die Grenzen der amtsgerichtlichen Kompetenz hinaus erweitert wird. Das Landgericht wird solchen Falls nachdem die Unzuständigkeit des Amtsgerichts eingewendet worden, sich zur Entscheidung in der Berufungsinstanz für unzuständig erklären und die Sache vor sich selbst — natürlich in anderer Besetzung — zur Verhandlung in erster Instanz verweisen müssen. Handelt das Landgericht anders, so giebt es freilich kein Rechtsmittel, und das wird bald als eine Härte empfunden werden. Gegen die Entscheidungen der Landgerichte in der Berufungsinstanz über die eigene Zuständigkeit hätte die Revision zugelassen werden sollen. F.

3.

**Der deutsche Civilprozeß** von Dr. W. Endemann. Band III. Berlin. Weidmannsche Buchhandlung.

Durch das Erscheinen des dritten Bandes ist dieser umfangreiche Kommentar, dessen beide erste Bände in Band XXIII S. 769 dieser Zeitschrift angezeigt worden, zu Ende geführt. Auch in diesem Theile des Werks tritt die hohe Begabung des Verfassers zu lehrhafter Darstellung in derselben Weise wie in den beiden ersten Bänden hervor. Am Schlusse des Bandes ist außer einer sehr eingehenden Besprechung des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung eine zusammenfassende Darstellung des Inhalts der Rechtsanwaltordnung, des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte gegeben. Wenn es als eine besonders unerquickliche Aufgabe bezeichnet werden kann, die beiden letztgedachten Gesetze aus dem Gesetzestexte kennen zu lernen, so wird die kurze Zusammenstellung der leitend gewesenen Grundsätze als ein sehr dankenswerthes Hülfsmittel Anerkennung finden. Ein sehr umfangreiches und übersichtlich gearbeitetes Register erleichtert die Benutzung des ganzen Werks. E.

---

4.

**Formularbuch zu den deutschen Prozeßordnungen** von Felix Vierhaus. Berlin bei Reinhold Kühn.

Diesem Buche liegen die vom Reichsjustizamt und dem Königlich preußischen Justizministerium geprüften Formulare zu den deutschen Prozeßordnungen zu Grunde. Der Verfasser, welcher an der amtlichen Feststellung der Formulare betheiligt war, hat auf amtliche Veranlassung die Benutzung der Formulare durch probeweise Ausfüllung derselben unter Beifügung erläuternder Anmerkungen veranschaulicht. Seine Arbeit bietet dem Gerichtsschreiber ein fast unentbehrliches, dem Richter ein sehr willkommenes Hülfsmittel.

Es läßt sich nicht erwarten, daß die amtlich festgestellten Formulare sich wegen ihres amtlichen Charakters als unangreifbar erweisen werden; es ist nur zu natürlich, daß bei ihrer Prüfung manches übersehen sein wird, und nach einiger Zeit wird eine Revision, welche die in der Praxis gemachten Erfahrungen berücksichtigt, unvermeidlich sein. So kann schon jetzt darauf hingewiesen werden, daß in den Formularen 35, 178, 208, welche das Versäumnißverfahren im Wechselprozeß zum Gegenstande haben, das Formular des Versäumnißurtheils durch eine Darlegung der Statthaftigkeit des Wechselprozesses, die nach § 560 C.P.O. von Amtswegen zu erörtern ist, und welche durch die Angabe, daß die Klage auf einen — vorgelegten — Wechsel gegründet ist, nicht in allen Fällen in genügendem Maße gegeben sein möchte, zu vervollständigen sein wird.

Die Arbeit des Herausgebers ist eine sehr sorgfältige und seine reichhaltigen Bemerkungen werden fast überall als treffend Anerkennung finden. Um ein einzelnes Bedenken hervorzuheben, so geht der Heraus-

geber bezüglich des Versäumnißverfahrens bei Nichterscheinen einer schwurpflichtigen Partei davon aus, daß, wenn der Eidesleistungstermin zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt war, das Versäumnißverfahren nicht nur in Beziehung auf die Eidesleistung, sondern in der Hauptsache stattfinde. (S. 26 Anm. 2a, 127, 156, 232.) Ein solches Verfahren würde zu sachgemäßer Abkürzung erheblich beitragen und es ist sehr verführerisch; aber demselben steht nicht nur die sehr bestimmte Ausführung der Begründung der Civilprozeßordnung S. 236, 237 entgegen, sondern auch, wie mir scheint, die ausdrückliche Bestimmung des § 332 C.P.O. Wie im Termine zur Zeugenvernehmung und weiteren mündlichen Verhandlung trotz des Ausbleibens einer Partei zunächst die Beweisaufnahme erfolgen soll und erst nach deren Abschluß der Erlaß des Versäumungsurtheils in Frage gestellt werden kann, so muß im Falle eines Termins zur Eidesleistung und weiteren Verhandlung zunächst die Beweisaufnahme bezüglich des Eides ganz erledigt sein; zu dieser Erledigung aber gehört im Falle des Ausbleibens des Schwurpflichtigen der Erlaß des in § 430 C.P.O. vorgesehenen Versäumnißurtheils bezüglich der Eidesleistung und dessen Rechtskraft. Ein Versäumnißurtheil in der Sache wird also nur ergehen können, wenn durch eine Erklärung der erschienenen Partei z. B. den Verzicht auf das Beweismittel die Eidesabnahme unnöthig wird. Ein Versäumnißurtheil in der Sache selbst würde übrigens nicht auf Versäumniß des Termins zur Eidesleistung, sondern auf Versäumniß des Verhandlungstermins als solchen zu gründen sein. **K.**

---

## 5.

**Formulare zum praktischen Gebrauch im neuen Prozeßverfahren.** Ausgearbeitet von G. v. Wilmowski und M. Levy, Rechtsanwalten beim Landgericht I Berlin. Verlags-Eigenthum von Franz Vahlen in Berlin.

Die angezeigten auf gutem Schreibpapier sauber gedruckten 50 Formulare sind auf Veranlassung des berliner Anwaltvereins ausgearbeitet und enthalten ein vollständiges Rüstzeug für den Betrieb des land- und amtsgerichtlichen Prozesses, soweit er durch Schriften vermittelt wird. Unter denselben befinden sich 18 Schemata für die am häufigsten vorkommenden Klagen, und zwar 9 für den Landgerichts- und 9 für den Amtsgerichts-Prozeß, 20 für anderweite Prozeßhandlungen, als Ladungen, Gesuche um Terminsverlegung, um Kostenfestsetzung, Erlaß des Zahlungs- und Vollstreckungsbefehls, Einspruchsschriften, Berufungsschriften, Anträge auf Pfändung und Ueberweisung von Forderungen, auf Einstellung der Zwangsvollstreckung, auf Einleitung der Subhastation, Zwangsverwaltung &c., sowie zu Vollmachten und Gebührenrechnungen, endlich 12 Gesuche und Aufträge, welche sich auf die Thätigkeit des Gerichtsschreibers und Gerichtsvollziehers beziehen. Am Fuße der Formulare befinden sich einige Direktiven für den Gebrauch derselben.

Das an die Namen der Verfasser von vornherein sich knüpfende Vertrauen, daß ihre Entwürfe den gesetzlichen Vorschriften genau angepaßt

sind und allen Anforderungen der Zweckmäßigkeit entsprechen, erweist sich bei Prüfung der Formulare als ein durchaus gerechtfertigtes.

Sie können daher, namentlich den Anwälten, bestens empfohlen werden.

Zwei Bemerkungen möchten wir hieran anknüpfen:

1. Das Formular zur Wechselklage (ohne Protest) enthält am Fuße den Vermerk:

die Präsentation des (nicht domizilirten) Wechsels unter Beweis zu stellen, ist Sache der Replik, da der Wechselanspruch selbst gegen den Akzeptanten des gezogenen und Aussteller des trockenen Wechsels von der Präsentation nicht abhängt (D.W.O. Art. 44. 99).

Das ist richtig. Aber das Formular enthält auch den Antrag auf Zuerkennung von Zinsen, und zur Begründung dieses Anspruches, wenn er sich nicht auf die Zinsen seit der Klagebehändigung beschränkt, bedarf es allerdings der Präsentation des Wechsels, im Wechselprozesse also nach § 555 C.P.O. streng genommen des urkundlichen Nachweises dieser Thatsache. Ob die Praxis der Gerichtshöfe über dieses leidige Bedenken hinweghelfen wird, steht dahin.

2. Die Formulare für den amtsgerichtlichen Prozeß enthalten mit Rücksicht auf § 154 der C.P.O. vielfach einen auf die Ausschließung der Vermittelung des Gerichtsschreibers bezüglichen Vermerk. Bei Klagen in Prozessen mit kurzen Einlassungsfristen, also besonders in Wechselsachen, ist das Durchstreichen dieses Vermerks nicht unbedenklich. Es soll bereits der Fall vorgekommen sein, daß der Kläger die Zustellungsurkunde des Beklagten und damit Kenntniß von dem Verhandlungstermine erst erhalten hat, als der letztere vorüber und gegen den Kläger ein Versäumnißurtheil ergangen war. Gegen die Prozedur des Richters wird sich nicht viel einwenden lassen. Denn der Gerichtsschreiber ladet, wenn der Kläger sich seine Vermittelung nicht verbittet, als **Beauftragter** des Klägers, und die Kenntniß des Beauftragten von dem Terminstage wird man für genügend erachten müssen, um Rechtsnachtheile gegen den versäumenden Auftraggeber eintreten zu lassen. Der angedeuteten Gefahr ist natürlich leicht vorzubeugen entweder dadurch: daß der Kläger die Ladung des Beklagten selbst bewirken zu wollen erklärt oder daß er 24 Stunden nach Einreichung der Klage die Akten in der Gerichtsschreiberei einsieht. Beide Wege sind unbequem. Am einfachsten ist vielleicht dadurch zu helfen, daß der Kläger bei Ueberreichung der Klage den Gerichtsschreiber ersucht, ihm gleichzeitig mit der Zustellung der Ladung an den Beklagten Abschrift der Terminsbestimmung zu ertheilen (C.P.O. § 271). Wir stellen anheim, zu erwägen, ob es sich nicht empfiehlt, hiervon in den Formularen Notiz zu nehmen.

Küntzel.

---

6.

**Formulare für Rechtshandlungen der streitigen Gerichtsbarkeit** von Dr. Benno Hilse, Kreisgerichtsrath. Berlin. Karl Heymanns Verlag.

Die von demselben Verfasser herausgegebenen Formulare für die freiwillige Gerichtsbarkeit sind Bd. 23 S. 479 dieser Beiträge als ein

brauchbares Buch bezeichnet; der vorliegenden Schrift kann das Gleiche nicht nachgerühmt werden. Berücksichtigt man, daß dieselbe nicht sowohl für urtheilsfähige Juristen als vielmehr für Laien bestimmt ist, die sich daraus namentlich im amtsgerichtlichen Verfahren Rath holen sollen, so muß man fürchten, daß das Buch sich sogar als schädlich erweisen wird; unrichtige oder unverständliche Rechtsbelehrung, die dem großen Publikum geboten wird, ist etwas Gemeingefährliches. — Daß ich das ganze Buch durchgelesen hätte, kann ich von mir nicht rühmen. Als ich nach einer „Einführung", in der manches Schiefe zu finden war, auf Seite 8, 9 ersah, wie der Verfasser Personen, „im Beistande Anderer" Klagen erheben und verklagt werden läßt, so konnte ich das zu Grunde liegende Mißverständniß des § 50 der Civilprozeßordnung — vgl. Fitting im civ. Archiv Bd. 61 S. 403 — begreiflich finden und entschuldigen. Wenn ich dann aber (S. 10) bei Behandlung der Klagen vor dem Landgerichte einer Ladung „vor den kleinen Senat des Landgerichts" begegnete und im Anschluß hieran fand, daß zwischen einem „ordentlichen" und einem „außerordentlichen" Verfahren unterschieden wurde, und daß in dem letzteren eine Bitte (an wen? ist nicht klar) formulirt ward, den Rechtsstreit an die Kammer für Handelssachen „zu verweisen", so mußten mir Bedenken gegen das Buch aufsteigen. Auf Seite 12 fand ich sodann nachfolgende Belehrung: „Der Klagegrund umfaßt die Thatsachen, welche den klägerischen Anspruch rechtfertigen und deren Verletzung dem Verklagten vorgeworfen wird;" und als ich nova re perterritus weiter blätterte, begegneten mir Seite 21 als Seitenstück die Worte: „Gerade dieser Einwand giebt den Rechtsgrund zur Klage." Ich blätterte wieder rückwärts und mein Auge fiel Seite 8 auf Anm. 9, wo gefragt wird, ob zur Klage eines Vormunds die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich sei. Nachdem hier bemerkt worden, die Genehmigung des Gegenvormunds könne man nicht „vermissen", lehrt der Verfasser: „Der Geist der Vormundschaftsordnung spricht für Unentbehrlichkeit der Genehmigung, weil der Vormund das Mündel vertritt und § 42 (der Vorm.-Ordn.) die Klagen nicht erwähnt." So unverständlich war mir der Geist der Vormundschaftsordnung bis dahin nie erschienen. — — Die Hauptsache bei einem Formularbuch, — so sagte ich mir dann, — ist ja aber, daß in den eigentlichen für den Gebrauch bestimmten Formularen im Anschlusse an einzelne Rechtsinstitute Beispiele erdacht sind, in welchen der richtig erfaßte Rechtssatz durch sachgemäße Unterstellung von Thatsachen des gewöhnlichen Lebens dem Verständnisse näher geführt wird. Ich las also weiter. Aber gleich der erste (S. 14) abgedruckte Schriftsatz zeigte mir, wie wenig verlässig die Rechtskenntniß des Verfassers ist. Es wird um Bestellung eines außerordentlichen Gerichtsstandes nachgesucht, weil die mehreren zu verklagenden Personen in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnen; dem Verfasser aber gelingt es, einen Fall zu treffen, in welchem von dem außerordentlichen Gerichtsstand des § 36 Nr. 3 kraft besonderer Vorschrift der Civilprozeßordnung nicht die Rede sein kann, die Klage, welche angestellt werden soll, ist eine Wechselklage. Freilich § 566 C.P.O. ist von § 36 ziemlich weit entfernt. Hiernach schon muthlos, auch wenig angenehm berührt durch

die unerquicklichen Namenwitze finde ich auf S. 16, 18 Anträge, durch welche die Ablehnung eines Richters durchgesetzt werden soll. Die Beispiele, welche ein Formularbuch bringt, stellen sich dem Leser nothwendig so dar, daß derselbe annehmen muß, sie können sich nach der Idee des Verfassers täglich so wiederholen. Nun mag es noch angehen, wenn als ein in dieser Weise dem Leben entnommenes Beispiel vorgeführt wird, daß ein Beklagter den Amtsrichter verwirft, weil derselbe die Schwester der Frau des klagenden Schusters Knieriem geheirathet hat; aber die formularmäßige Behandlung einer Beschwerde über Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs, gestützt darauf, daß der Richter dem Kläger bei der Klage Rath ertheilt habe und daß die Ableugnung dieser Thatsache durch den darüber gehörten Richter lügenhaft sei, — scheint mir nicht bloß geschmacklos, eine solche Beschwerde kann glücklicher Weise nur als Ausgeburt einer höchst eigenartigen Phantasie in Betracht kommen.

An dieser Stelle habe ich die genauere Lektüre des Buchs abgebrochen; um dem Verfasser indessen kein Unrecht zu thun, habe ich noch die S. 143 bis 146 abgedruckten Muster von Anfechtungsklagen durchgesehen. Alles Unrichtige, was hier in den Anmerkungen gesagt ist, aufzudecken, würde zu weit führen, — ganz richtig ist kaum eine einzige Zeile. Den Musterklagen selbst fehlt schon das erste Erforderniß der Anfechtungsklage außerhalb des Konkurses, daß der Kläger einen vollstreckbaren Schuldtitel hat. (§ 2 G. v. 21. Juli 1879.) Das erste Muster soll ferner auf der Anfechtbarkeit solcher Rechtshandlungen beruhen, die in der dem Erwerber bekannten Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen sind. Das ist aber sicher etwas anderes, als wenn in der Musterklage behauptet wird, der Schuldner habe mit Wissen des Beklagten die Absicht gehabt, einzelne seiner Gläubiger dem Kläger vorzuziehen. Bei der zweiten Klage stützt sich die Anfechtung auf Verwandtschaft des Erwerbers mit dem Schuldner. Wenn hier eine nur in Aussicht genommene Verschwägerung zur Zeit des Erwerbs der wirklich vorhandenen Verschwägerung gleich geachtet wird, so ist dies eine — hier wenigstens bewußt aufgestellte Rechtsansicht des Verfassers. Man wird sich nach dem allen nicht wundern, wenn die Petita beider Klagen dahin gehen, das angefochtene Geschäft für „unverbindlich" und nicht „für dem Kläger gegenüber unwirksam" zu erklären, und daß auch die weiteren hieran geknüpften Folgen keineswegs den §§ 7, 9 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 entsprechen. Von weiteren Proben habe ich geglaubt, Abstand nehmen zu können. E.

---

## 7.

**Zur Einführung in die Reichs-Gerichtsverfassung und den Reichs-Civilprozeß.** Fünf Vorträge von Dr. Hermann Fitting, ordentlichem Professor der Rechte zu Halle. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1879.

Die fünf in der vorstehenden Schrift veröffentlichten Vorträge hat der Verfasser auf Veranlassung der Herzoglichen Regierung in Altenburg

im Frühjahr 1879 gehalten. Ihr Druck ist einmal auf den Wunsch des dortigen Zuhörerkreises und sodann in der Hoffnung erfolgt, daß sie auch für die praktischen Juristen anderer deutscher, namentlich gemeinrechtlicher Gebiete zur leichteren Einführung in die neue Gerichtsverfassung und den neuen Civilprozeß von Nutzen sein können. Von den 5 Vorträgen enthält

der erste eine übersichtliche Darstellung der neuen Gerichtsverfassung,

der zweite eine Charakteristik des neuen Civilprozesses: eine Darlegung seiner Prinzipien und ihrer Vorzüge vor denen des gemeinen Prozesses und eine Entwickelung der Grundzüge des auf denselben beruhenden Prozeßganges,

der dritte eine eingehendere Darstellung des regelmäßigen Verfahrens erster Instanz vor den Land- und Amtsgerichten einschließlich des Versäumnißverfahrens unter Zugrundelegung der Meyer'schen Anleitung zur Prozeßpraxis, während

der vierte von den besonderen Arten des Verfahrens und dem Rechtsmittelsystem handelt, und

der fünfte sich mit dem Vollstreckungsverfahren beschäftigt.

Küntzel.

---

8.

**Handbuch für das Anwaltsgebührenwesen im deutschen Reich.** Eine erläuternde Darstellung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen nebst einem alphabetisch geordneten Gebühren-Tarif, sowie Sachregister von Carl Pfafferoth. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1879.

Dem Verfasser wird darin beizustimmen sein, daß ein das richtige Verständniß und die korrekte Anwendung der nicht einfachen Vorschriften der Anwaltsgebührenordnung förderndes Hülfsbuch für die Anwälte sowohl als das rechtsuchende Publikum ein unabweisbares Bedürfniß ist. Nach Durchsicht der vorliegenden Schrift erkennen wir auch an, daß dieselbe diesem Bedürfnisse in zweckmäßiger Weise entspricht. Die darin zunächst enthaltene Darstellung der Grundsätze, auf denen das Gesetz beruht, und der daraus hervorgegangenen Einzelbestimmungen desselben ist leicht faßlich und klar und gewährt in Verbindung mit dem darauf folgenden, alphabetisch geordneten, alle Prozeßvorkommnisse berücksichtigenden und auf die zur Anwendung zu bringenden Bestimmungen des Gesetzes hinweisenden Gebührentarif eine dankenswerthe Anleitung zur Aufstellung der Liquidationen und zum Gebrauche der 5 beigegebenen Tabellen, welche die nach den verschiedenen Objekten in den betreffenden Prozessen zum Ansatze gelangenden Gebühren ziffernmäßig nachweisen. Hinzugefügt ist auch ein Abdruck des Gesetzestextes und ein Sachregister.

In den beiden ersten Abschnitten des Buches finden sich auch einige die Darstellung veranschaulichende Beispiele. Eine erhebliche Vermehrung derselben würde u. E. die praktische Brauchbarkeit des Buches noch erhöhen. Die Anwendung von Kosten- und Gebührengesetzen erlernt sich erfahrungsmäßig am leichtesten an der Hand gut gewählter Beispiele.

Küntzel.

---

## 9.

**Die Thätigkeit des Gerichtsschreibers im Civilprozeß und Konkursverfahren.** Uebersichtlich dargestellt von Dr. Iwan Heilbut, Rechtsanwalt in Hamburg. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin) 1879.

Die neue Prozeßgesetzgebung erhöht die Ansprüche an die Justizbeamten in vielfacher Beziehung, verhältnißmäßig am meisten u. E. die Ansprüche an die Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher. Deren Stellung ist eine völlig veränderte geworden. Sie fungiren so selbstständig und haben häufig über so schwierige Rechtsfragen zu entscheiden, daß die Justizverwaltung vermuthlich in Ueberlegung nehmen wird, ob die Anforderungen an die Ausbildung dieser Beamten nicht erhöht werden müssen. Unter diesen Umständen ist es dankbar anzuerkennen, daß der Verfasser die Vorschriften über die Thätigkeit der Gerichtsschreiber im Civilprozeß und Konkursverfahren systematisch zusammengestellt und ihnen damit für ihre Amtsübung einen sichern Anhalt gegeben hat. Rassow.

---

## 10.

**Ausführungs- und Uebergangsgesetze zur Reichs-Civilprozeßordnung mit ausführlichem Sachregister und einem Register der abgeänderten und aufrecht erhaltenen gesetzlichen Bestimmungen.** Zusammengestellt von G. v. Wilmowski und M. Levy, Rechtsanwälten beim Landgericht I zu Berlin. Berlin 1880. Verlag von Franz Vahlen.

Man wird den Verfassern für ihre mühevolle Arbeit gewiß allseitig dankbar sein. Das Bedürfniß einer Zusammenstellung der gesetzlichen Ausführungs- und Uebergangsbestimmungen zu den neuen Reichsprozeßgesetzen hat schon eine Reihe von Werken hervorgerufen. Das vorliegende besitzt einen zwiefachen Vorzug. Da es der Zeit nach am spätesten erschienen ist, so konnte es auch diejenigen Bestimmungen, welche kurz vor dem Inkrafttreten der Reichsgesetze erlassen sind, berücksichtigen, was bei den im Laufe des Sommers dieses Jahres herausgekommenen Zusammenstellungen nicht möglich war. So verweisen wir z. B. auf die Kaiserlichen Verordnungen vom 26. September 1879, betreffend den Uebergang anhängiger Sachen auf das Reichsgericht, und vom 28. September ej. a., betreffend die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche unsers Wissens hier zuerst S. 319 und 324 abgedruckt sind.

Noch viel verdienstlicher erscheint es uns aber, daß die Verfasser die Ausführungsbestimmungen aller deutschen Staaten gesammelt haben. Eine solche Arbeit war, wie die Vorrede mit Recht bemerkt, für Richter und Anwalte in Gegenden, wo mehrere Landesgesetzgebungen in Kraft treten, durchaus nothwendig. Es wird dies von jedem Gericht, welches verschiedene Territorialrechte anzuwenden hat, gewiß anerkannt werden. Wir sind überzeugt, daß die Beschaffung des hierzu erforderlichen Materials große Schwierigkeiten darbot. Soweit wir es beurtheilen können, ist die Arbeit mit der an den Verfassern bekannten Sorgfalt ausgeführt. Sollten

bei den einzelnen Landesgesetzgebungen sich noch Lücken finden, so hoffen wir, daß die mit dem örtlichen Recht vertrauten Berufsgenossen das Unternehmen der Verfasser fördern und ihnen darüber Mittheilung machen, damit das Material bei einer vermuthlich erforderlichen zweiten Auflage berücksichtigt werden kann.

Das Buch schließt sich dem Kommentar der Verfasser zur Civilprozeßordnung an und scheidet deshalb diejenigen Landesverordnungen aus, welche nicht unmittelbar die Civilprozeßordnung betreffen, ebenso die nur zur nähern praktischen Ausführung für den innern Geschäftsgang dienenden ministeriellen Instruktionen. Es wird diese Beschränkung im Kreise der Anwalte gewiß gewürdigt werden. Für den Richterstand wäre eine Vervollständigung der Zusammenstellung nach diesen Seiten vielleicht erwünscht gewesen. Der Grund, welchen die Verfasser gegen die Aufnahme weiteren Materials anführen, daß das Werk zu einem übermäßigen Umfang angeschwollen wäre, ist allerdings sehr zu berücksichtigen.

Wir zweifeln hiernach nicht an der günstigen Aufnahme des Buches.

Rassow.

---

## 11.

**Ausführungs- und Uebergangsgesetze zur Reichs-Konkursordnung.** Zusammengestellt von G. v. Wilmowski, Justizrath. Berlin 1880. Verlag von Franz Vahlen.

Der Verfasser beginnt das Vorwort mit der Bemerkung:

Für die Konkursordnung ist die Kenntniß der verschiedenen deutschen Ausführungs- und Uebergangsgesetze in noch höherm Grade wichtig, als für die Civilprozeßordnung, da ein Konkurs von einiger Erheblichkeit sich selten auf das Landesgebiet des Gemeinschuldners beschränkt.

Wir sind überzeugt, daß dieser Grund von jedem Rechtsverständigen als zutreffend anerkannt wird. Eine Zusammenstellung der territorialen Gesetze, wie sie hier der Verfasser liefert, wird sowohl auf den Gerichten als in der Anwaltstube für ein unentbehrliches Hülfsmittel angesehen werden. Das Werk beginnt mit einem „Anhang zur Reichskonkursordnung". Der Verfasser giebt hier in Ergänzung seines Kommentars zur Reichskonkursordnung Auszüge aus dem Gerichtskostengesetze vom 18. Juni 1878, der Gebührenordnung für Rechtsanwalte vom 7. Juli 1879 und vollständig das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkurses. Sodann folgt das preußische Ausführungsgesetz zur K.-O. vom 6. März 1879 mit eingehendem Kommentar, und daran schließen sich die Ausführungsgesetze der übrigen deutschen Staaten.

Wir glauben, daß es nur dieses Hinweises auf den Inhalt des Buches bedarf, um dasselbe unsern Fachgenossen zu empfehlen. Einer Bemerkung, daß es mit voller Beherrschung des Stoffes in klarer und verständlicher Form geschrieben ist, bedarf es jedenfalls für diejenigen nicht, welche die weitern Schriften des Verfassers kennen. Rassow.

---

## 12.

**Zur Reichs-Konkursordnung.** Vorträge gehalten im Berliner Anwalt-Verein von G. v. Wilmowski, Justizrath. Berlin 1880. Verlag von Franz Vahlen.

Den Lesern der Beiträge ist aus der Anzeige Bd. XXIII. S. 772 bekannt, daß der Verfasser im Verein mit dem R.A. Levy eine Reihe interessanter Vorträge über die praktische Anwendung der deutschen Civilprozeßordnung gehalten hat. Diesen schließen sich die gegenwärtigen Vorträge an. Der Verfasser hat bei denselben nicht beabsichtigt, alle Detailvorschriften der K.O. zu kommentiren, er will vielmehr nur deren Prinzipien im Ganzen darlegen. Dem entsprechend handelt der erste Vortrag über den Konkursanspruch der Gläubiger im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, der zweite über die Berechtigten im Konkurse, der dritte über das Konkursgericht und die Verwaltung der Masse, der vierte über die Feststellung der Schulden und Vertheilung, der fünfte über den Zwangsvergleich und Besonderheiten im Konkurse. Die Vorträge sind wohl geeignet, das Verständniß der K.O. weit über die Kreise hinaus, für welche sie zunächst bestimmt waren, zu fördern. Der Verfasser prognostizirt der K.O. das längste Leben unter allen Reichsprozeßgesetzen. Ist diese Ansicht richtig, und sie wird von Vielen getheilt, so erscheint es um so mehr geboten, sich mit den Grundsätzen derselben bekannt zu machen. Dazu bieten die Vorträge ein geeignetes Hülfsmittel. Rassow.

---

## 13.

**Das Verwaltungsstreitverfahren vor dem Kreisausschuß** von Busso von Bismarck. Berlin. Carl Heymanns Verlag.

In angenehmem Gegensatze zu dem höchst unwissenschaftlichen und an nicht wenigen Stellen zur Mißleitung der Verwaltungsgerichte geeigneten von Massow'schen Buche über das Verfahren in Verwaltungs-Streitsachen wird hier auf dem Boden tüchtiger juristischer Bildung und unter Berücksichtigung der in den ersten Bänden der Entscheidungen des Ober-Verwaltungsgerichts gebotenen Rechtsprechung ein klares Bild des Verwaltungs-Streitverfahrens, insbesondere des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht der untersten Ordnung gegeben. Das Buch kommt einem lebhaft gefühlten Bedürfnisse entgegen und muß in allen seinen Theilen als wohl gelungen bezeichnet werden. Daß der Verfasser literarische Citate vermieden hat, wird von der Mehrheit der Mitglieder der Kreisausschüsse nicht als ein Mangel empfunden werden; da das Buch aber doch auch für die Landräthe und Mitglieder der Bezirksverwaltungsgerichte ein sehr werthvolles Hülfsmittel ist, würde es nicht unzweckmäßig gewesen sein, auf die ja immer noch sehr spärliche Literatur zu verweisen. E.

---

## 14.

**Die Schiedmanns-Ordnung vom 29. März 1879.** Gesetz, Motive und Ausführungsverfügungen mit einer Geschäftsanweisung und Mustern zum Gebrauche für die Schiedsmänner versehen von P. Florschütz, Geh. Justizrath und vortragendem Rath im Justiz-Ministerium. Berlin. Carl Heymanns Verlag 1879.

Der Verfasser hat in hervorragender Weise bei dem Zustandekommen des Gesetzes mitgewirkt. Er war deshalb auch in erster Reihe berufen, die Erläuterung desselben zu übernehmen. Er giebt in der Einleitung eine kurze Geschichte des Instituts der Schiedsmänner in Preußen sowie die Gründe für die einheitliche gesetzliche Regelung desselben, namentlich unter Hinweis auf § 420 der Strafprozeßordnung. Dann folgt das Gesetz mit Kommentar, und hieran schließen sich die ministeriellen Ausführungsverfügungen, die Geschäftsanweisung für Schiedsmänner und endlich verschiedene Muster. Daß die kleine Schrift wohl geeignet ist, nicht nur bei Rechtsverständigen, sondern namentlich auch bei den Schiedsmännern selbst das Verständniß des Gesetzes zu fördern, wird wohl Niemand in Abrede stellen. Gewünscht hätten wir allerdings, daß der Verfasser außer den Regierungsmotiven und Kammerverhandlungen häufiger, als es geschieht, seine eigenen Bemerkungen eingeflochten hätte. So würde es z. B. u. E. zweckmäßig gewesen sein, bei § 18 des G. zu erwähnen, daß gesetzliche Vertreter einer Partei nicht zu den Bevollmächtigten gehören (cf. § 25 d. G. und § 12 der Geschäftsanweisung).

Rassow.

---

## 15.

**Der preußische Militär-Strafprozeß und die Reform des Militair-Strafverfahrens.** Von Dr. Bothe, Justizrath und Auditeur der 19. Division. Zweite Auflage. Hannover 1878. Helwingsche Buchhandlung (Th. Mierzinsky, Kgl. Hofbuchhändler).

Der Verfasser spricht in einer kurzen Einleitung seine Ueberzeugung aus, daß eine Aenderung des Militär-Strafverfahrens geboten sei. Er will untersuchen, welches neue Verfahren an Stelle des alten zu treten habe. Er giebt dann einen Ueberblick über die Geschichte des preußischen M.St.Vfs., namentlich unter Hinblick auf den Fricciusschen Entwurf eines deutschen Kriegsrechts, stellt Vergleichungen über den französischen, bayerischen und württembergischen M.Strafprozeß an und entwickelt endlich seine Ansicht über die erforderlichen Reformen. Bei der Tendenz dieser Zeitschrift müssen wir uns ein näheres Eingehen auf das interessante Buch versagen.

Rassow.

---

16.

**Das preußische Grundbuchrecht.** Die das preußische Grundbuchrecht betreffenden und ergänzenden Gesetze nach dem am 1. Oktober 1879 eingetretenen Rechtsstande mit einem ausführlichen Kommentar in Anmerkungen. Herausgegeben von W. Bahlmann, Geh. Ober-Regierungsrath. Dritte vermehrte und verbesserte Auflage. Zweite und dritte Lieferung. Berlin 1879. Verlag von Franz Vahlen.

Wir haben das Erscheinen der ersten Lieferung dieser neuen Auflage des Bahlmannschen Werkes im XXIII. Bande der Beiträge S. 780 angezeigt. Die jetzt vorliegenden beiden Lieferungen bringen den Schluß des Kommentars zum Eigenthumserwerbs-Gesetze vom 5. Mai 1872 sowie den Kommentar der ganzen Grundbuchordnung. Wie wir nicht bezweifelt haben, ist auch diese Fortsetzung mit derselben Sorgfalt und Gründlichkeit, welche wir bei dem Anfang des Kommentars hervorhoben, gearbeitet. Um nur ein Beispiel anzuführen, verweisen wir auf die umfassenden Erörterungen zu § 41 des Eigth.Gesetzes, betreffend das Rechtsverhältniß des Gläubigers zum neuen Erwerber und den eventuell eintretenden Verlust der persönlichen Klage gegen den frühern Besitzer (S. 163 bis 173). Der Verfasser giebt nicht nur kurz den ältern Rechtszustand, sowie die Begründung der eingetretenen Aenderungen, sondern erörtert auch die praktischen Folgen des so wichtigen neuen Gesetzes in einer Reihe von Fällen. Wir sind namentlich mit seiner Ausführung einverstanden, daß es eines Beitritts des Gläubigers zu dem Vertrage zwischen dem frühern und dem neuen Besitzer nicht bedarf, weder eines ausdrücklichen, noch eines durch konkludente Handlungen ausgedrückten.

Wir hegen die Ueberzeugung, daß auch diese beiden Lieferungen des Bahlmannschen Kommentars allseitig günstig aufgenommen werden.

Nach der Anzeige der Verlagshandlung erscheint die vierte (Schluß-) Lieferung im Laufe des Dezember. Rassow.

---

17.

**Die preußischen Grundbuchgesetze in ihrer durch die neue Reichs- und Landesgesetzgebung gewonnenen Gestalt.** Herausgegeben von W. Turnau, Appellations-Gerichts-Rath in Paderborn. Paderborn. Druck und Verlag von Ferdinand Schöningh. 1879.

Die kleine, aber inhaltreiche Schrift bildet eine Ergänzung der von uns Bd. 23 S. 154 angezeigten zweiten Auflage der von demselben Verfasser herausgegebenen Grundbuch-Ordnung. Sie weist den Einfluß nach, welchen die Reichsjustizgesetze und die damit in Verbindung stehende preußische Gesetzgebung auf die einzelnen Bestimmungen der Grundbuchgesetze ausüben.

Zu dem Zwecke ist der Text der Grundbuch-Ordnung und der demselben in dem größeren Werke eingefügten §§ des Grunderwerb-Gesetzes in der dort befolgten Anordnung unter Vornahme der sich aus den neuen Justizgesetzen ergebenden unzweifelhaften Veränderungen wieder-

holt; die letzteren sind durch den Druck markirt. Alle übrigen die Grundbuchgesetzgebung beeinflussenden Vorschriften der Justizgesetze sind theils dem Texte der davon betroffenen Bestimmungen beigefügt, theils in Anmerkungen mitgetheilt, die zugleich die vorgenommenen Aenderungen rechtfertigen und die hinzugekommenen Vorschriften erläutern, auch die instruktionellen Verfügungen berücksichtigen.

So gewährt die Schrift ein vollständiges Bild des gegenwärtigen Rechtszustandes im Grundbuchwesen und zugleich einen eingehenden Kommentar der modifizirenden Bestimmungen der neuen Gesetze.

Die Aufgabe, welche sich der Verfasser gestellt hat, ist von ihm mit der gleichen Sorgfalt gelöst, die sein größeres Werk auszeichnet. Beim Studium des Buches zeigt sich erst, wie zahlreich die größeren oder kleineren Umgestaltungen sind, welche sich mit dem 1. Oktober d. J. auch auf dem Gebiete des Grundbuchrechts vollzogen haben, wie mühsam es ist, sie aus den vielen Gesetzen festzustellen, und wie erläuterungsbedürftig die letzteren sind. In letzterer Beziehung weisen wir z. B. auf den § 18 des preußischen Ausführungsgesetzes zur C.P.O. vom 24. März 1879 und die sich an denselben knüpfenden Zweifel hin, zu deren Lösung die Ausführungen des Verfassers wesentlich beitragen. Wir treten ihm hier, wie sonst, in allem Wesentlichen bei, insbesondere auch darin, daß die Zulässigkeit des Antrages auf Eintragung einer Vormerkung gegenwärtig von den Voraussetzungen der §§ 800, 801 C.P.O. abhängt, da diese prozessualer Natur sind. Nur darin dürfte dem Verfasser nicht beizustimmen sein, daß gegen das über den Antrag entscheidende Urtheil (stets) Berufung stattfinde. Das ist mindestens dann nicht der Fall, wenn die Entscheidung auf Grund des § 821 C.P.O. vom Oberlandesgericht gefällt wird, während die Hauptsache bei ihm in der Berufungsinstanz schwebt. Denn wenn das Urtheil in diesem Falle auch den Karakter einer erstinstanzlichen Entscheidung hat, so scheitert die Anwendung des § 472 C.P.O. doch schon daran, daß es an einem Gerichte fehlt, welches über eine Berufung gegen das Urtheil des Oberlandesgerichts zu entscheiden zuständig wäre (cf. G.V.G. § 135). Küntzel.

---

18.

1. **Die Vormundschafts-Ordnung vom 5. Juli 1875** mit den darauf bezüglichen Gesetzen. Herausgegeben und erläutert von Otto Loewenstein, Appellationsgerichts-Rath und Mitglied des Hauses der Abgeordneten. Zweite Auflage. Berlin. Carl Heymanns Verlag. 1878.
2. **Die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875** für den Umfang der preußischen Monarchie. Bearbeitet von O. Anton, Vize-Präsident des Kgl. Appellationsgerichts zu Ratibor. Zweite völlig umgearbeitete Auflage. Berlin 1879. Verlag von J. Guttentag (D. Collin).
3. **Die preußische Vormundschafts-Ordnung vom 5. Juli 1875** nebst den dieselbe ergänzenden Gesetzen und Instruktionen erläutert durch Ludwig Wachler, Kreisgerichts-Direktor. Zweite verbesserte und vermehrte Auflage. Breslau. Maruschke u. Berendt. 1879.

4. **Die preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1879** unter Einschaltung der bezüglichen Bestimmungen der Reichs-Justizgesetze und systematischer Darstellung des Familien- und Erbrechts erläutert durch Carl Neumann, Amtsgerichtsrath in Allenstein. Zweite umgearbeitete Auflage. Berlin 1880. Verlag von Franz Vahlen.
5. **Die Vormundschafts-Ordnung vom 5. Juli 1875** und die darauf bezüglichen Gesetze: vom 12. Juli 1875, betreffend die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger ꝛc.; vom 13. März 1878, betreffend die Unterbringung verwahrloster Kinder; vom 21. Juli 1875, betreffend die Kosten, Stempel und Gebühren in Vormundschaftssachen nebst Auszug aus dem Gesetze vom 10. Mai 1851; Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 erläutert von Arnold Hesse, Amtsgerichtsrath in Seehausen i. d. Altmark. Berlin 1879. Verlag von H. W. Müller.

Die ersten Auflagen der drei erstgenannten Werke waren erschienen, bevor noch die Vormundschafts-Ordnung vom 5. Juli 1875 in Kraft trat; sie begleiteten ihren Eintritt ins Leben. In ihrer Anlage wichen sie augenfällig von einander ab. Das Anton'sche Buch war in erster Linie für die Vormünder und jüngeren Juristen bestimmt; es enthielt neben dem Texte der V.O., des Kostengesetzes v. 21. Juli 1875 und des Gesetzes betreffend die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger eine systematische Darstellung des Vormundschaftsrechts und des einschlagenden Familienrechts in kurzer, knapper Form. Die Wachler'sche Ausgabe, welche Band 20 S. 305 der Beiträge besprochen ist, gab einen umfangreichen Kommentar, welcher die gesammten Vorarbeiten des Gesetzes einschließlich der Entwürfe von 1870 und 1873 sowie die durch dieselben veranlaßte Literatur eingehend berücksichtigte und durch Vergleichung des alten mit dem neuen Rechtszustande das Verständniß des letzteren zu vertiefen suchte. Sie diente dem ruhigen Studium des Gesetzes. Der Loewenstein'sche Kommentar war kürzer angelegt. Er gab das in den legislatorischen Vorarbeiten enthaltene Material mit kritischer Auswahl, suchte die verbleibenden Zweifel aus den Prinzipien des Gesetzes zu lösen und leistete durch Uebersichtlichkeit und Hervorkehrung der für die Handhabung des Gesetzes bedeutsamen Gesichtspunkte dem Praktiker ersprießliche Dienste.

Die zweiten Auflagen der drei gedachten Werke sind sich erheblich ähnlicher geworden.

Anton hat seine Ziele sehr erweitert. An die Stelle der übersichtlichen systematischen Darstellung ist ein für die Bedürfnisse des Praktikers berechneter Kommentar getreten, dem eine die Prinzipien des Gesetzes und dessen Bau darlegende Einleitung vorangestellt ist. Der Kommentar verwerthet die Erfahrungen, welche der Verfasser als Direktor der Vormundschaftsabtheilung des berliner Stadtgerichts gemacht hat, und erörtert die in der Praxis und Literatur hervorgetretenen Streitfragen unter kurzer Motivirung der eigenen Stellung zu denselben. Auch der Einfluß der neuen Justizgesetze ist, wiewohl mehr andeutungsweise, hervorgehoben. Eine eingehendere Darstellung desselben ist wohl unterblieben, weil beim Erscheinen des Buches die bezügliche Gesetzgebung noch nicht völlig abgeschlossen war. Sie dürfte einer ferneren Auflage vorbehalten sein, für welche auch zu erwägen

sein möchte, ob nicht zweckmäßig die Hinterlegungsordnung und ihre Handhabung in den Kreis der Darstellung zu ziehen wären.

Der Wachler'sche und Loewenstein'sche Kommentar haben in ihrer Anlage erhebliche Aenderungen nicht erfahren. In dem ersteren ist der doppelte Textabdruck unterblieben, der letztere hat ein größeres Format erhalten. Im Uebrigen sind beide vor Allem durch Aufnahme und kritische Verarbeitung des in der Praxis und in der durch dieselbe angeregten Literatur seit der Geltung des Gesetzes hervorgetretenen Erläuterungsstoffes bereichert. Der Umfang und die Bedeutung des letzteren hat die ursprüngliche Verschiedenheit beider Werke einigermaßen abgeschwächt. Beiden Werken sind Anhänge beigefügt, welche die Ausführungsverfügung des Justizministers vom 20. November 1875 und den Kurlbaum'schen Aufsatz über die geschäftliche Behandlung der Vormundschaftssachen enthalten. Wachler bringt außerdem das in der Gerichtsordnung vorgezeichnete Formular zu Vermögensverzeichnissen, Tabellen zum Kostengesetze vom 21. Juli 1875 und die Ausführungsbestimmungen zu dem Gesetze vom 19. Juli 1875 über das Hinterlegungswesen, Loewenstein die Ministerialverfügungen über die Einsetzung der Waisenräthe und die Bedingungen und Bestimmungen der Reichsbank über die Belegung von Mündelgeldern und die Behandlung von Depositen. Zu den ersteren ist die Bemerkung Koch's Band 22 S. 662 der Beiträge zu vergleichen.

Bei dem raschen Flusse der Gesetzgebung hat ein Theil des von beiden Verfassern bearbeiteten Materials, das durch die Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 ersetzte Gesetz über das Hinterlegungswesen vom 19. Juli 1875, schon jetzt nur historischen Werth. Auch hat der schon im September 1877 abgeschlossene Loewenstein'sche Kommentar natürlich weder das Gesetz über die Unterbringung verwahrlöster Kinder vom 13. März 1878 noch die preußischen Ausführungsgesetze zu den Reichs-Justizgesetzen, sondern nur die letzteren selbst berücksichtigen können. Der Wachler'sche Kommentar, welcher erst im Juli 1878 zum Abschlusse gelangt ist, hat darin einen Vorsprung gewonnen.

In noch günstigerer Lage hat sich Neumann befunden, dessen oben zu 4 angezeigte zweite Auflage erst im Oktober d. J. zur Ausgabe gelangt ist und den mit dem 1. Oktober 1879 eingetretenen Rechtszustand vollständig darstellt. Die erste Auflage dieses Werkes ist Bd. 21. S. 911 karakterisirt. Die zweite Auflage hat auf derselben Grundlage fortgebaut und namentlich die dem Neumann'schen Buche eigenthümliche Verbindung des Kommentars mit systematischen Darstellungen und Erörterungen beibehalten. Die letzteren sind zum Theil umgearbeitet, berichtigt und erheblich vermehrt. Auch einzelne im eigentlichen Kommentar in der ersten Auflage vertheidigte Ansichten sind aufgegeben. So ist jetzt die Stellung des Verfassers zu der Frage, ob die Suspension der Gütergemeinschaft in Mündelehen fortdauert, eine andere. Er bejaht sie jetzt S. 165, während er sie S. 106 der ersten Auflage verneint hatte. Seine Begründung geht zum Theil auf die gesetzgeberischen Motive der §§ 782 ff. A.L.R. II. 18 zurück und bringt insoweit neues, beachtenswerthes Material. Der von ihm vorangestellte Grund: daß im § 415 A.L.R. II 1 bei der Materie über die Gemeinschaft der Güter zwischen Eheleuten ausdrücklich

auf die Bestimmungen im 8. Abschnitte des 18. Titels hingewiesen und somit diesen ihre Stellung im ehelichen Güterrecht angewiesen werde, ist dagegen u. E. keineswegs durchgreifend. Wäre eine derartige Aeußerlichkeit entscheidend, so würde man eher Hesse beitreten müssen, der in dem zu 5 erwähnten Werke S. 308 gerade aus den Schlußworten des § 415 „ist gehörigen Orts bestimmt (Tit. 18 Abth. 8)" argumentirt, daß damit die gedachten Vorschriften als dem Vormundschaftswesen zugehörig anerkannt worden seien. U. E. kann indessen der § 415, der nur darauf hinweist, daß über die fragliche Materie an einer anderen Stelle des Gesetzbuches Bestimmungen getroffen seien, weder für die eine noch die andere Ansicht den Ausschlag geben, die Entscheidung muß vielmehr aus inneren Gründen gefunden werden. Uns scheint bisher zu wenig betont zu sein, daß es sich dabei um die Beurtheilung vermögensrechtlicher Wirkungen eines vom Mündel vollzogenen Rechtsgeschäfts handelt, und daß die Vormundschaftsordnung über die auf diesem Gebiete liegenden Fragen überall nichts verfügt, daß vielmehr die in dasselbe eingreifenden Bestimmungen der früheren Entwürfe ausgeschieden und darüber in dem Gesetze betreffend die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger 2c. Dispositionen getroffen sind. Ueber die hier interessirende Frage, welche vermögensrechtlichen Wirkungen eine von dem Mündel gültig eingegangene Ehe hat, enthält aber auch das letztere Gesetz nichts; die einzige Aenderung des bisherigen Rechtszustandes rücksichtlich der Wirkungen eines von einem Minderjährigen, also auch dem bevormundeten, gültig abgeschlossenen Rechtsgeschäfts bestimmt der § 9 des zit. Gesetzes dahin: daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht stattfinde.

Neumann war bei der Bearbeitung der neuen Auflage noch mehr als in der ersten bestrebt, den gesammten Rechtsstoff, der dem Vormundschaftsrichter bei Bearbeitung der Vormundschaftssachen und dem Vormunde bei Führung der Vormundschaft von Werth sein kann, zusammenzufassen und ihnen so das Nachschlagen anderer Bücher möglichst zu ersparen. Aus diesem Streben sind wohl die in das prozessuale Gebiet greifenden Exkurse über die Vertretung der Parteien im Prozesse, die Vollmacht und deren gesetzlichen Umfang (S. 71 ff.), über die Subhastation im Wege der Zwangsvollstreckung 2c. (S. 117 ff.), über die Einwirkung des Todes des Schuldners auf die Zwangsvollstreckung, bezw. „die Rechtswohlthat des Nachlaßverzeichnisses" im Prozesse (S. 171 ff.) u. a. m. hervorgegangen. Billigt man die Tendenz, worüber sich ja streiten läßt, so wird sich an der Art der Ausführung kaum etwas aussetzen lassen. Die dabei nahe liegende Gefahr der Unübersichtlichkeit ist glücklich dadurch vermieden, daß die einzelnen Erörterungen und ihr Inhalt durch in die Augen fallende Ueberschriften gekennzeichnet sind; das Auffinden des Einzelnen wird durch ein sorgfältiges Register erleichert.

Bei der Fülle beliebter und bewährter Kommentare der V.O. kann das Bedürfniß nach einer neuen kommentatorischen Arbeit und der Erfolg einer solchen bezweifelt werden. Dieses Zweifels ist sich Hesse, der Verfasser des oben zu 5 genannten Werkes, bewußt gewesen. Er hat sich gleichwohl zur Herausgabe seines Kommentars entschlossen, weil er damit einen längst gehegten Gedanken zur Ausführung brachte, und weil es

ihm immerhin nicht unfruchtbar erschien, viele noch schwebende Kontroversen einer vergleichenden Besprechung zu unterziehen, sowie einige neue und nicht unwichtige Fragen prüfend aufzuwerfen und ihre Lösung zu versuchen.

Mag man über die Bedürfnißfrage denken, wie man will, das ist jedenfalls anzuerkennen, daß der innere Gehalt der Hesse'schen Arbeit den Vergleich mit den vorhandenen Werken gleicher Gattung nicht zu scheuen hat, daß die Art, wie der Verfasser die schwebenden Kontroversen bespricht, vielfach lebhaftes Interesse erweckt, daß gar manche neue Fragen angeregt und bei der Erörterung alter Fragen neue Gesichtspunkte zur Geltung gebracht sind. Wir heben in dieser Beziehung z. B. die Ausführungen in der Anm. 13 zu § 12 und in der Anm. 4 zu § 62 über den Einfluß des Eintritts des Mündels in eine unter Aufsicht des Staats oder einer Gemeindebehörde stehende Verpflegungsanstalt auf eine bis dahin bestandene gesetzliche Vormundschaft, die Entwicklung über das Verhältniß des § 28 V.O. zu den §§ 612, 621, 625 A.L.R. II. 2 (S. 85), über die Rechtsstellung des Vaters bezüglich des freien Vermögens der Kinder (S. 295) hervor. Hier, wie in vielen andern Punkten bringt der Verfasser neue Gesichtspunkte zur Sprache, die, ob man seinen Resultaten beistimmt oder nicht, zur Klärung der Fragen beizutragen wohl geeignet sind.

Auffällig war uns die Anm. 3 zu § 10 V.O. (S. 13). Es heißt dort:

> Beschwerdeinstanz für das Amtsgericht als Vormundschaftsgericht ist seit dem 1. Oktober 1879 das zuständige Landgericht (§§ 16, 26, 40 des Ausführungsges. v. 24. April 1878). Dasselbe entscheidet endgültig.

Da der Verfasser den § 40 des Ausführungsges. v. 24. April 1878 ausdrücklich zitirt, und Absatz 2 desselben bestimmt:

> Gegen die Entscheidungen der Landgerichte findet das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde statt,

so scheint die Bemerkung, daß das Landgericht endgültig entscheide, nicht auf einem Uebersehen des dieselbe widerlegenden Absatzes 2 und der §§ 51 ff. desselben Gesetzes, sondern auf der Ansicht zu beruhen, daß diese Bestimmungen in Vormundschaftssachen keine Anwendung finden. Gründe dafür lassen sich schwerlich finden. Der jener Bemerkung vom Verfasser hinzugefügte Satz:

> Die über das Rechtsmittel der Beschwerde im Civilprozeß gegebenen Vorschriften (§§ 530 ff. C.P.O.) können auf die Beschwerde in Vormundschaftssachen, wie sich von selbst versteht, nicht Anwendung leiden —

ist gewiß richtig, begründet aber ebenso selbstredend nicht die Ansicht, daß auch das durch § 40 des Ausführungsgesetzes eingeführte Rechtsmittel der weiteren Beschwerde (für welches übrigens die Vorschriften §§ 535—538 C.P.O. entsprechende Anwendung finden, § 55 des Ausführungsges.), gegen die Beschwerdeentscheidungen der Landgerichte in den durch dieses Gesetz den Amtsgerichten zugewiesenen Angelegenheiten — wozu nach § 26 Abs. 1 die Vormundschaftssachen gehören — in Vormundschaftssachen nicht stattfinde.

Die von Hesse kommentirten Gesetze sind im Titel des Buches angegeben. Die Einrichtung des Kommentars ist so, daß dem Texte der einzelnen §§ des Gesetzes vielfach zunächst allgemeine, zur Klarstellung des Gesammtinhalts der betreffenden Vorschrift dienende Bemerkungen und sodann im Anschluß an die einzelnen Worte derselben detaillirtere Erläuterungen hinzugefügt sind. Küntzel.

---

## 19.

**Die preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875.** Zum praktischen Gebrauch, insbesondere auch für Vormünder, unter Berücksichtigung der Regierungsmotive und der Verhandlungen beider Häuser des Landtages erläutert und herausgegeben von Georg König, Ober-Amtsrichter zu Hannover. Dritte vermehrte Auflage. Hannover, Verlag von Carl Meyer (Gustav Prior) 1879.

Der Umstand, daß bereits die dritte Auflage dieses Buches erschienen ist, mag als ein Beweis für die Verbreitung desselben gelten. Soweit wir den Inhalt durchgesehen haben, hätten wir einen derartigen Erfolg kaum erwartet. Der Titel giebt an, welche Quellen bei der Kommentirung des Gesetzes vorzugsweise benutzt sind. Mehrfach haben wir auch eine Bezugnahme auf die Zeitschrift für Hannoversches Recht gefunden. Das in den Anlagen abgedruckte Formular eines Inventars erinnert stark an das in der Allg. Gerichtsordnung (II. 5) vorgeschriebene.

Rassow.

---

## 20.

**Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts.** Mit besonderer Rücksicht auf deutsche Zustände verfaßt von Aemilius Ludwig Richter. Achte Auflage. Nach dem Tode des Verfassers mit eingehender Berücksichtigung der neuern Entwicklung im Gebiete des Staates und der Kirche bearbeitet von Dr. Richard Wilhelm Dove, Geh. Justizrath und ordentlichem Professor der Rechte zu Göttingen. Dritte Lieferung. Verlag von Bernhard Tauchnitz. Leipzig 1879.

Wir haben die beiden ersten, 1877 erschienenen Lieferungen dieses Werkes Band XXII. S. 446 der Beiträge angezeigt. Viel später, als wir gehofft hatten, ist 1879 die dritte Lieferung gefolgt. Ihr Inhalt ist ein sehr reichhaltiger. Es wird zunächst die Geschichte der Rechtsquellen beider Konfessionen zu Ende geführt. Dann folgen die allgemeinen Lehren. Der Verfasser prüft die einzelnen Quellen des Kirchenrechts, sowohl die allgemeinen (heilige Schrift, kanonisches Recht, Gewohnheits-, Reichsrecht), als die den beiden Konfessionen eigenthümlichen (die katholischen: Tradition, Konzilien, päpstliche Erlasse, Konkordate; die evangelischen: Bekenntnißschriften, Kirchenordnungen ꝛc.) nach ihrer Geltung und ihrem Gebrauche. Hierauf werden die Grundzüge der Verfassungslehre und die allgemeinen Lehren von dem Verhältnisse des Staates zu den Kirchen und der Kirchen zu einander (Reformations-,

Aufsichts-, Schutzrecht, der paritätische Staat) erörtert. Das dritte Buch, in welchem die Darstellung abbricht, handelt von den Organen der rechtlichen Kirche, und zwar zunächst von dem Verfassungsorganismus der katholischen Kirche. Mit besonderm Interesse haben wir die Ausführungen des Verfassers über die Konkordate (S. 291 ff.) gelesen. Er nimmt eine vermittelnde Stellung ein. In den neuern Konkordaten erscheint nach ihm der weltliche Mitkontrahent als der vorzugsweise verpflichtete Theil, indem er unter Verzicht auf gewisse Bethätigungen seines Hoheitsrechts zu einer Begränzung seiner Machtsphäre die Hand bietet, welche von den kirchlichen Gewalten als Konsequenz des Prinzips der Kirchenfreiheit gefordert wird. Diesen Vereinbarungen haben die Kontrahenten selbst den Karakter von Verträgen beigelegt (S. 293), deren Bedeutung nach der Analogie der Grundsätze des Völkerrechts bemessen werden muß (S. 298). Andrerseits gesteht der Verf. zu, daß die Kurie niemals die Gleichberechtigung des Staates anerkannt hat, daß vielmehr jedes Konkordat von römischer Seite stets so ausgelegt wird, als habe der Staat dadurch die von der römischen Kirche innerhalb seines Machtgebietes beanspruchte souveräne Stellung anerkannt (S. 295), während die von ihr bewilligten Zugeständnisse als einseitige Gnadenbezeugungen aufzufassen sind. Abgesehen von den vielen Bedenken, welche gegen die Ansicht des Verf. vom staatsrechtlichen; namentlich konstitutionellen Standpunkt aus geltend gemacht sind, will es uns erscheinen, als wenn der Verf. mit sich selbst in einen nicht lösbaren Widerspruch geräth. Sieht die Kirche in den von ihr gemachten Konzessionen nur Gnadenbezeugungen, welche geeigneten Falles zurückgenommen werden können, so fehlt es ihr an dem Willen, sich zu binden, also an einer für das Zustandekommen des Vertrages absolut nothwendigen Bedingung. Wir möchten auch zweifeln, ob vom Vertragsstandpunkte aus die Aufhebungsgründe, welche der Verf. S. 301 aufzählt, sämmtlich haltbar sind.

Hoffentlich erscheint die Fortsetzung des so verdienstlichen Werkes recht bald. Rassow.

---

21.

**Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch** von Dr. Friedrich von Hahn, Kaiserl. Rath am Reichs-Oberhandelsgericht. Dritte Auflage, zweite Abtheilung. Braunschweig, Friedrich Vieweg und Sohn. 1879.

Die erste, im Juni 1877 herausgegebene Abtheilung des v. Hahnschen Kommentars haben wir S. 798 des XXII. Bandes dieser Beiträge angezeigt. Die jetzt vorliegende zweite Abtheilung hat auf ihr Erscheinen länger warten lassen, als das juristische Publikum gewünscht hatte. Sie umfaßt die Artikel 85 bis 270 H.G.B., reicht also bis zum Ende des dritten Buches. Mit ihr schließt der erste Band des Kommentars. Demselben sind beigefügt die Vorreden zur ersten und dritten Auflage, ein Verzeichniß der Zusätze und Abänderungen der zweiten und dritten Auflage, die Inhaltsübersicht über beide Abtheilungen

nebst der Einleitung zum Kommentar, das Verzeichniß der angeführten Erkenntnisse des Reichs-Oberhandelsgerichts und ein Sachregister.

Daß der Verfasser sein in der Vorrede zur ersten Auflage angekündigtes Versprechen, „eine möglichst allseitige Erklärung der einzelnen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches zu geben und dadurch die Anwendung derselben im Verkehr und im Gericht zu erleichtern", so vollständig gelöst hat, daß sein Kommentar an wissenschaftlichem Werth und praktischer Brauchbarkeit von keinem andern übertroffen wird, haben wir bereits bei Besprechung der ersten Abtheilung näher ausgeführt. Der wesentliche Vorzug der dritten Auflage besteht theils in der Benutzung der neuern literarischen Erscheinungen, noch mehr aber in der Berücksichtigung der Praxis des Reichs-Oberhandelsgerichts. Wir sind dem Verfasser dankbar, daß er in letzterer Beziehung Maß zu halten versteht, und es möglichst vermeidet, unerhebliche oder gleichlautende Entscheidungen anzuführen. Ob die von ihm gewählte Form für das Register zweckmäßig ist, dürfte Bedenken unterliegen. Einer weitern Empfehlung des Buches bedarf es nicht. Wir sprechen nur die Hoffnung auf baldige Fortsetzung des Kommentars aus. Rassow.

---

## 22.

**Codex des Handelsrechts.** Eine Sammlung der den deutschen Handelsstand interessirenden Gesetze, erläutert durch die Rechtssprechung des Reichs-Oberhandelsgerichts. Nebst einer gemeinfaßlichen Darstellung des Prozeßganges herausgegeben von J. Basch, Landrichter. Berlin 1879. Verlag von H. W. Müller.

Der Herausgeber bezweckt, dem Handelsstande eine Sammlung aller auf seine Rechtsverhältnisse bezüglichen Reichsgesetze nebst den dazu gehörigen Verordnungen des Bundesraths, Reichskanzlers 2c. zu bieten. Daß dieser Gedanke ein sehr zeitgemäßer ist, bedarf keiner weiteren Darlegung. Der Handelsstand hat, seitdem er zur Rechtsprechung in Handelssachen mitberufen ist, um so größere Veranlassung, sich mit den einschlagenden Gesetzen bekannt zu machen, und wird es nur dankbar aufnehmen, daß ihm das Gesetzesmaterial in einer so handlichen Zusammenstellung, wie sie die vorliegende Sammlung enthält, zugänglich gemacht ist. Die Auswahl der aufgenommenen Gesetze ist u. E. recht geschickt und zweckentsprechend getroffen. Von größeren Gesetzen sind abgedruckt:

a) die Wechselordnung mit den Novellen und den auf die Wechselstempelsteuer bezüglichen Bestimmungen,
b) das Handelsgesetzbuch mit den auf das Binnen- und Seerecht bezüglichen Ergänzungen und den preußischen, bayerischen, sächsischen und hamburgischen Einführungsgesetzen,
c) die Gesetze über Markenschutz, Urheberrecht und Patente,
d) die Gesetze über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, die Gewerbeordnung und das Gesetz über die eingeschriebenen Hülfskassen, die Maß- und Gewichtsordnung, die Münz- und Bankgesetze,

e) das Haftpflichtgesetz, das Gesetz über das Reichseisenbahnamt und das Eisenbahnbetriebsreglement,
f) die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz,
g) das Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung.

Bei Abdruck der Gesetze sind die späteren Aenderungen an den betreffenden Stellen, soweit wir sehen, mit Sorgfalt hinzugefügt. Eine genauere Prüfuug haben wir in dieser Beziehung allerdings nur bei der Wechselordnung und dem Handelsgesetzbuch vorgenommen und dabei nur zu den — nicht erheblichen — Bemerkungen Anlaß gefunden,

a) daß zu Art. 73 der W.O. die denselben beeinflussenden §§ 837 ff. der C.P.O. hätten erwähnt werden können, und
b) daß der letzte Absatz des Art. 446 H.G.B. in der Fassung des § 785 Nr. 3 der C.P.O. aufzunehmen gewesen wäre.

Der Kommentar beschränkt sich absichtlich fast nur auf Allegate von Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.

Hervorheben wollen wir, daß die Verlagshandlung zweckmäßiger Weise zwei Ausgaben und zwar eine mit den das Seerecht betreffenden Gesetzen und eine ohne dieselben veranstaltet hat.

Beiden Ausgaben ist beigefügt eine gedrängte systematische Darstellung der wichtigsten Bestimmungen der Civilprozeßordnung. Diese Beigabe würde besonders schätzenswerth sein, wenn sie korrekter und zuverlässiger wäre. Von nicht wenigen Bedenken aber, die uns aufgestoßen sind, wollen wir beispielsweise nur folgende erwähnen:

a) S. 637 heißt es: Wenn Eheleute in Gütergemeinschaft leben, ist nach preußischem Recht der Ehemann zu verklagen (A.L.R. II. 2 (soll heißen 1) § 377). Da aber das Verwaltungsrecht des Ehemannes, welches ihm § 377 cit. beilegt, in den folgenden §§ eingeschränkt ist, so wird man — selbst wenn man den § 23 A.G.O. I. 1 für aufgehoben halten könnte — ein gegen den Ehemann allein ergehendes Urtheil als gegen die Frau wirksam dann nicht erachten dürfen, wenn ihm nach §§ 378 ff. über den Gegenstand des Prozesses alleinige Verfügungsrechte nicht zustehen.
b) S. 643 werden die Prozesse aufgezählt, welche ohne Rücksicht auf den Werth des Gegenstandes vor die Landgerichte gehören. Nachdem die reichsgesetzlichen Bestimmungen darüber mitgetheilt sind, sagt der Verfasser weiter:

Nach preußischem Rechte auch Prozesse über die Ansprüche gegen den Landesfiskus in Betreff der Verpflichtung zur Entrichtung einer Erbschaftssteuer, eines Werthstempels oder eines nicht nach dem Betrage des Gegenstandes zu bemessenden Vertragsstempels;
nach bayerischem und sächsischem Rechte:
1. Ansprüche der Staatsbeamten gegen den Staat aus ihrem Dienstverhältnisse;
2. Ansprüche gegen den Staat wegen Verschuldung von Staatsbeamten;
3. Ansprüche gegen öffentliche Beamte wegen Ueberschreitung

ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen.
4. u. s. w.

Ob diese Bemerkung für das bayerische und sächsische Recht richtig ist, haben wir nicht festgestellt; warum aber die zu 1. 2. 3. aufgeführten Prozesse nicht auch unter den in Preußen den Landgerichten überwiesenen aufgeführt sind, ist Angesichts des § 39 des Ausführungsgesetzes z. G.V.G. nicht begreiflich.

c) S. 644 wird gesagt:

Vor das Landgericht gehören ..... und zwar werden vor der Kammer für Handelssachen verhandelt von diesen Rechtsstreitigkeiten diejenigen, in welchen durch die Klage ein Anspruch .... geltend gemacht wird (folgt der Inhalt des § 101 G.V.G.).

Ebenso heißt es S. 706:

Nach § 101 G.V.G. gehören Klagen aus einem Wechsel über 300 ℳ stets vor die Kammer für Handelssachen.

In beiden Fällen ist die wichtige und für den Handelsstand gewiß wissenswerthe Bestimmung des § 102 G.V.G., daß die Verhandlung des Rechtsstreits vor der Kammer für Handelssachen nur dann erfolgt, wenn der Kläger dies in der Klageschrift beantragt hat, weggeblieben. Auch wäre es wohl am Orte gewesen, hervorzuheben, daß in den vor den Kammern für Handelssachen verhandelten Prozessen die Einlassungsfrist eine kürzere ist, und daß, wenn Kläger unterläßt, jenen Antrag zu stellen, der Beklagte zu dem Antrage berechtigt ist, die Sache vor die Handelskammer zu verweisen. (G.V.G. § 104).

d) S. 653 wird mit Bezug auf den Zahlungsbefehl im Mahnverfahren gelehrt:

Theilweiser Widerspruch ist zulässig, dann erstrecken sich die Wirkungen des Widerspruchs auf den Theil des Anspruchs, gegen den der Widerspruch erhoben wird.

§ 635 C.P.O. bestimmt gerade im Gegentheil, daß durch die rechtzeitige Erhebung des Widerspruchs gegen einen Theil des Anspruchs der Zahlungsbefehl (also der ganze Zahlungsbefehl) seine Kraft verliert. Nur bei der Kumulation mehrerer Ansprüche äußert der auf einen derselben beschränkte Widerspruch keinen Einfluß auf den bezüglich der anderen erlassenen Zahlungsbefehl.

e) S. 652 behandelt der Verfasser den Fall, wenn der Kläger nicht innerhalb der sechsmonatlichen Frist die Ertheilung des Vollstreckungsbefehls nachgesucht hat, und bespricht die Folgen dieser Unterlassung. In dieser Beziehung unterscheidet er den Fall, wenn der Beklagte keinen oder verspäteten Widerspruch erhoben, und den Fall, wenn er rechtzeitig Widerspruch erhoben hatte. Da der Widerspruch aber immer rechtzeitig ist, wenn er erhoben wird, bevor der nachgesuchte Vollstreckungsbefehl verfügt wird, so kann die von dem Verfasser hier unternommene Be-

richtigung des § 641 C.P.O., welcher zutreffend nur von der Voraussetzung spricht,

daß Widerspruch nicht erhoben und binnen 6 Monaten nach Ablauf der im Zahlungsbefehl gesetzten Frist der Vollstreckungsbefehl nicht nachgesucht wird,

nicht als eine solche angesehen werden.

f) Ganz abwegig erscheinen die Ausführungen des Verfassers über das Zwischenurtheil zwischen den Parteien S. 677. Sie zeigen, daß ihm der Unterschied zwischen einem Theil- und Zwischenurtheil nicht klar ist. S. 676 sagt er ganz richtig: daß, wenn Kläger 30 ℳ Darlehn und 100 ℳ Kaufgeld einklagt, und der Beklagte den ersteren Anspruch einräumt oder des Empfanges überführt wird, der letztere Anspruch dagegen eine Beweisaufnahme nöthig macht, wegen der 30 ℳ Darlehn ein Theilurtheil erlassen werden kann. Wenn er aber dann S. 677 lehrt, daß in dem gleichen Falle der Richter auch durch ein Zwischenurtheil erkennen könne: daß Beklagter zur Zahlung der 30 ℳ Darlehn zu verurtheilen, oder daß die Klage für begründet zu erklären, und daß umgekehrt, wenn der Darlehnsanspruch noch einer Beweisaufnahme bedarf, der Kaufgelderanspruch aber wegen eines Mangels im Rechtsgeschäft unbegründet erscheint, der Richter durch Zwischenurtheil entscheiden könne: der Kaufgelderanspruch solle abgewiesen werden, und daß dann das Endurtheil dahin zu ergehen habe, daß der Beklagte (nur) zur Zahlung des Darlehns verurtheilt werde; wenn er endlich S. 678 auseinandersetzt, daß das Urtheil:

es solle Beklagter, wenn er schwöre, er habe 50 ℳ abgezahlt, zur Zahlung von 50 ℳ verurtheilt und die Klage in Höhe von 50 ℳ abgewiesen, andernfalls Beklagter zur Zahlung von 100 ℳ verurtheilt werden,

ein Zwischenurtheil sei, so beruht das Alles auf einem völligen Mißverständnisse des § 275 C.P.O. und der Vermischung von Ansprüchen und den Mitteln, wodurch der Anspruch begründet oder bekämpft wird. Statt weiterer Ausführungen können wir den Verfasser auf die richtigen und klaren Glossen v. Bülow's (Bd. 22 S. 809 ff. der Beiträge) verweisen.

Diese Beispiele werden hinreichen, um die Ansicht zu begründen, daß der Exkurs des Verfassers in einer folgenden Auflage der gründlichsten Revision unterzogen werden muß. Bei dieser Gelegenheit mögen denn auch die Schreib- oder Druckfehler: Seite 654 Zeile 10 v. unten, wo es „der Widerspruch" statt „der Beklagte", S. 665 Zeile 9 v. unten, wo es „Zustellung" statt „Zustimmung" heißen muß, sowie die wenig klaren Worte S. 660: der Beklagte werde die ihm zugegangene Zustellung der Klage vorzulegen haben, berichtigt werden.

Küntzel.

# Vorwort.

Die Redaktion hat in dem Vorwort vom Mai 1879 zum 4. und 5. Hefte des XXIII. Bandes der Beiträge in Aussicht gestellt, die Leser dieser Zeitschrift über die Praxis des Reichsgerichts auf dem Gebiete des preußischen Rechts in Kenntniß zu erhalten. Es ist ihr gelungen, in dem Dezemberhefte des XXIV. Bandes bereits einige Entscheidungen des Reichsgerichts mitzutheilen. In viel umfassenderem Maße geschieht dies in den jetzt erscheinenden Heften. Bei der Auswahl der Erkenntnisse ist die Rücksicht entscheidend gewesen, daß es für den preußischen Richter- und Anwaltstand von größter Wichtigkeit ist, bald zu erfahren, wie sich die Judikatur des Reichsgerichts zu derjenigen des frühern preußischen Ober-Tribunals stellt? welche Rechtsgrundsätze des letzteren aufrecht erhalten? und welche verlassen sind? Dieser Zweck wird es rechtfertigen, wenn die Mittheilungen aus der Praxis in den gegenwärtigen Heften einen sonst nicht üblichen Umfang einnehmen. Die Redaktion glaubt, daß sie das von ihr gegebene Versprechen einlösen solle, indem sie die Praxis des Reichsgerichts in preußischen Rechtssachen umfassend und so vollständig, wie es keiner andern Zeitschrift möglich ist, mittheilt. Für die von den Mitgliedern des Reichsgerichts veranlaßte Publikation der Entscheidungen sind ganz andere, als die oben bezeichneten Rücksichten

maßgebend gewesen. Die Zahl der vom Gericht selbst zum Abdruck bestimmten Sachen ist deshalb eine verhältnißmäßig sehr viel kleinere. Die Rechtsgrundsätze, welche in den offiziell abgedruckten Entscheidungen angenommen sind, werden in den Beiträgen kurz wiedergegeben. Sollte das Material, welches die Redaktion zur Mittheilung geeignet hält, noch größeren Umfang annehmen, so behält sich die Redaktion vor, dasselbe in besonderen Beilageheften erscheinen zu lassen. In späterer Zeit, wenn der jetzt erstrebte Zweck erfüllt ist, wird darauf Bedacht genommen werden, den früher üblichen Umfang der Mittheilungen aus der Praxis wieder einzuhalten.

---

# Inhalt des zweiten bis vierten Heftes.

## Abhandlungen.


| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 5. | Ihering's Definition des Rechts. Eine Studie von Herrn Amtsrichter Kühnast in Rummelsburg in Pommern | 153 |
| 6. | Der Einwand der unzulässigen Klageänderung nach dem neuen Prozeßrechte in formeller Beziehung. Von Herrn Landrichter Albert Westerburg in Duisburg | 170 |
| 7. | Giebt es noch eine Abweisung in angebrachter Art? Von Herrn Landrichter Albert Westerburg in Duisburg | 186 |
| 8. | Eidesversäumniß und Verhandlungsversäumniß. Zu § 430 der Deutschen Civilprozeßordnung. Von dem Herrn Amtsrichter Voß in Bergen | 228 |
| 9. | Die Begründung der Interventionsklage auf Herausgabe abgepfändeter Mobilien. Von Herrn Gerichts-Assessor Dr. v. Glasenapp in Berlin | 245 |
| 10. | Ueber die rechtzeitige Annahme des einem Abwesenden übersendeten Antrags zum Abschluß eines Versicherungs-Vertrages nach dem Preuß. Allg. Landrecht und dem Handelsgesetzbuche. Von dem Herrn Geh. Justizrath Dr. von Kräwel in Naumburg | 297 |
| 11. | Die durch den Prozeßrichter vermittelte Vormerkung. Von dem Herrn Landrichter Kindel in Halle | 303 |
| 12. | Kollision zwischen Waldservituten und Forstkultur. Von Herrn Geh. Ober-Justizrath Paris, z. Z. in Leipzig | 336 |
| 13. | Wird nach preußischem Recht die väterliche Gewalt über einen Großjährigen durch den ohne Vorwissen des Vaters begonnenen Betrieb eines eigenen Gewerbes aufgehoben? Unter wesentlicher Benutzung eines Urtheils des früheren Reichs-Oberhandelsgerichts mitgetheilt von einem Mitgliede dieses Gerichtshofes | 346 |
| 14. | Ueber das Prinzip des forum contractus. Von Herrn Dr. jur. Alex. Peter in Leipzig | 366 |


## Aus der Praxis.


| | | |
|---|---|---|
| | A. Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts | 408 |
| | B. Einzelne Rechtsfälle: | |
| 13. | Begriff des gemeinen und des außerordentlichen Werthes einer Sache (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) | 409 |
| 14. | Beweislast bei auflösenden Bedingungen. (Erkenntniß des IV. Civil-Senats des Reichsgerichts) | 411 |
| 15. | 1. Eine Versicherungsgesellschaft darf den von ihrem Agenten mit einem Versicherten abgeschlossenen Vertrag nur ganz, und zwar unter den mit dem Agenten verabredeten Bedingungen, annehmen oder ablehnen. 2. Begriff der mündlichen Nebenabrede. (Erkenntniß des I. Hülfs-Senats des Reichsgerichts | 411 |
| 16. | Wirkungen eines mündlichen Vertrages, wenn gesetzlich schriftliche Form vorgeschrieben ist. Das Recht der Aufrufung steht nur den Kontrahenten selbst und deren Erben zu. (Erkenntniß des II. Hülfs-Senats des Reichsgerichts) | 414 |

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 17. | 1. Der Anspruch auf die Konventionalstrafe entsteht durch Verzögerung der Erfüllung. 2. Zur Beseitigung des Anspruches muß der Verpflichtete einwenden und beweisen, daß der Berechtigte die Erfüllung nicht bloß angenommen, sondern ohne Vorbehalt angenommen hat. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) | 416 |
| 18. | Mit der Wandlungsklage kann Ersatz der Futterungskosten eines ganz unbrauchbaren Pferdes verlangt werden. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) | 418 |
| 19. | Die Klage aus der persönlichen Verpflichtung zur Auflassung eines Grundstückes kann angestellt werden, auch wenn der Verpflichtete als Eigenthümer des Grundstücks nicht eingetragen ist. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) | 420 |
| 20. | Der Rücktritt vom Vertrage wegen veränderter Umstände auf Grund des A.L.R. I. 5 § 378 erfordert, daß der beim Abschluß von beiden Theilen beabsichtigte Zweck unmöglich wird. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) | 422 |
| 21. | Begriff der Besitzstörung. Hat der Störende die Absicht, sich mit dem Willen des Besitzers in Widerspruch zu setzen, so bedarf es keines weitern Beweises des animus turbandi. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) | 423 |
| 22. | Die Possessorienklage wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Verklagte die Besitzstörung vor Anstellung der Klage wieder beseitigt hat. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) | 425 |
| 23. | Im Possessorienprozesse darf der Einwand der Berechtigung nicht aus dem Recht zum Besitz hergenommen werden. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) | 426 |
| 24. | Wenn über den Besitz an einer Sache ein Possessorienprozeß schwebt, so ist der Besitzstand keiner der Prozeßparteien ein ruhiger. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) | 427 |
| 25. | An gesetzlichen Untersagungsrechten findet kein Besitz statt. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) | 428 |
| 26. | 1. Beschränkungen des Eigenthums zum Besten des gemeinen Wesens (A.L.R. I. 8 §§ 33 bis incl. 101) können durch Willenserklärungen nicht aufgehoben werden. 2. Begriff eines Grabens oder Kanals im Sinne des A.L.R. I. 8 § 100. (Erkenntniß des II. Hülfssenats des Reichsgerichts) | 430 |
| 27. | Der § 144 A.L.R. I. 8 enthält keine Vorschrift über das Lichtrecht, sondern nur über das Zwischenraumsrecht. Auslegung des Plenarbeschlusses des preuß. Ober-Tribunals vom 6. Januar 1850 (Striethorst, Archiv Bd. I. S. 159). Erkenntniß des II. Hülfssenats des Reichsgerichts) | 432 |
| 28. | Für die Verjährung eines Forderungsrechts ist das örtliche Recht der Obligation, nicht das Recht, welches am Orte des Gerichts gilt, maßgebend. (Erkenntniß des I. Civilsenats des Reichsgerichts) | 437 |
| 29. | 1. Die Klageverjährung beginnt mit dem Augenblick, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit gefordert werden kann. 2. Der Formmangel eines Vertrages wird durch nachfolgendes Anerkenntniß gehoben. Die Anstellung der Klage auf Erfüllung enthält ein Anerkenntniß des Vertrages. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts | 438 |
| 30. | Die Vorschrift, daß beim Kaufvertrage keiner der Kontrahenten wider des andern Willen Sache und Kaufgeld zugleich nutzen kann, gilt nur für die den Vertrag abschließenden Personen, nicht für den dritten Besitzer der verkauften Sache. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) | 440 |

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 31. | 1. Das Rückforderungsrecht bei formlosen Schenkungen ist nur im Falle der körperlichen, nicht auch der symbolischen Uebergabe der geschenkten Sache ausgeschlossen. 2. Die Aushändigung der Schlüssel eines verschlossenen Behältnisses ist keine körperliche Uebergabe der in dem Behältniß befindlichen Sachen. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . | 442 |
| 32. | Eine vom instituirten Erben erworbene Erbportion akkreszirt bei dessen Tode nicht dem Substituten. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 443 |
| 33. | 1. Der Geschäftsherr kann gegen den Verwalter, bevor die Rechnungslegung stattgefunden hat, sein Guthaben einklagen. Es ist Sache des Verwalters, seine Gegenansprüche durch Vorlegung der Rechnung oder auf andere Weise zu begründen. 2. Einrede, daß die Kontrahenten gewußt haben, der Käufer schließe den Vertrag nicht für sich, sondern im Auftrage eines Andern ab. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . | 445 |
| 34. | Der eingetragene Eigenthümer ist zur Anstellung der Eigenthumsklage in Betreff aller nach dem Kataster zu dem Grundstücke gehörigen Theile legitimirt (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) | 448 |
| 35. | Die Eintragung als Eigenthümer in dem Grundbuche enthält dem wirklichen Eigenthümer gegenüber einen Eingriff in das Eigenthum, zu dessen Beseitigung die Eigenthumsklage gegen den Eingetragenen angestellt werden kann. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 450 |
| 36. | Verzug setzt schuldbare Nichterfüllung einer Verpflichtung voraus. (Erkenntniß des II. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . . | 451 |
| 37. | Anfechtung eines Vergleichs wegen Rechnungsfehler. Unrichtige Ansätze im Nachlaßinventar sind Rechnungsfehler. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . | 452 |
| 38. | 1. Den einzelnen Erben steht am Nachlaß nur ein ideelles Miteigenthum zu. Sondereigenthum erwerben sie erst durch die Theilung. Demgemäß ist allein die Gesammtheit der Erben — abgesehen von Individualrechten — zur Vertretung des Nachlasses aktiv und passiv befugt. 2. Der Testaments-Exekutor ist Vertreter des Willens des Erblassers, nicht Vertreter der Erben. Seine Befugniß, die Nachlaßtheilung herbeizuführen, kann durch Verträge einzelner Erben unter einander nicht eingeschränkt werden. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 454 |
| 39. | Ein Miterbe, welcher vor der Nachlaßtheilung Erbschaftsforderungen einklagt, muß das ihn aktiv legitimirende Individual-Interesse beweisen. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . | 457 |
| 40. | Der Einwand, daß die Bestellung einer Grundschuld gesetzlich unzulässig gewesen ist, kann dem Erwerber der Grundschuld nicht entgegen gesetzt werden, wenn er die Thatsachen, auf welchen der Einwand beruht, nicht kennt, und wenn dieselben sich aus dem Grundschuldbrief nicht ergeben. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 458 |
| 41. | Der Altentheil hat die rechtliche Natur einer Reallast und muß von demjenigen, welcher das belastete Grundstück in der Subhastation als Adjudikatar erwirbt, mit übernommen werden. Dasselbe gilt von der dem Uebernehmer des Grundstücks bei dem Erwerb auferlegten Verpflichtung zum Unterhalt der Kinder des früheren Besitzers. Ob dem zum Unterhalt Berechtigten die Wahl zusteht, statt der Naturalleistung eine Geldabfindung zu verlangen, ist für die rechtliche Natur des Anspruchs ohne Bedeutung. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 459 |

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 42. | Kalenden, Vitaltag und Hausquartal sind Reallasten und deshalb Mennoniten von Zahlung derselben an die protestantischen Prediger nicht befreit. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . | 462 |
| 43. | Die auf einem Grundstücke eingetragene Verpflichtung des Besitzers, für ein anderes Gut gegen ein bestimmtes Entgelt zu arbeiten, ist durch das Gesetz vom 2. März 1850 nicht aufgehoben. (Erkenntniß des II. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . | 465 |
| 44. | Steine, durch deren Fortnahme kein Nachtheil für die Benutzung eines Grundstücks entsteht, gehören im rechtlichen Sinne nicht zur Substanz des Grundstückes. Der Nießbraucher kann sie deshalb in seinen Nutzen verwenden. (Erkenntniß des II. Hülfssenats des Reichsgerichts) | 467 |
| 45. | 1. Bestimmung der Zeit der Erfüllung durch den Richter. 2. Klage des Vermiethers auf Exmission, nachdem er das verpachtete Grundstück verkauft und aufgelassen hat. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 469 |
| 46. | Wenn der Vermiether die vermiethete Sache nicht rechtzeitig übergiebt, darf der Miether vom Vertrage zurücktreten. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . | 471 |
| 47. | Wenn der Vermiether in Kenntniß von dem vertragswidrigen Verhalten des Miethers den Miethszins für die folgende Miethszeit vorbehaltlos annimmt, so verliert er das Recht, die Entsetzung des Miethers aus dem Miethsbesitze zu verlangen. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . | 473 |
| 48. | 1. Die Vorschrift A.G.O. Anh. § 302 (zu I. 44 § 60) geht als die jüngere derjenigen des § 395 A.L.R. I. 21 vor. 2. Der Vermiether darf auf Grund des ihm zustehenden gesetzlichen Pfandrechts nicht mehr Sachen des Miethers zurückbehalten, als zur Deckung seiner Miethsforderung erforderlich sind. 3. Ist der Miethsvertrag schriftlich geschlossen, so hat eine mündliche Vereinbarung, der Miether dürfe die Wohnung generell veraftermiethen, als mündliche Nebenabrede keine rechtliche Wirkung. Dagegen ist für die Genehmigung der Veraftermiethung an eine bestimmte Person keine Form vorgeschrieben. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 475 |
| 49. | Um den Erwerb einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung darzuthun, braucht der Erwerbende zwar nur zu beweisen, daß er die fragliche Befugniß ohne Widerspruch während der Verjährungszeit ausgeübt hat. Erhellt jedoch, daß die Ausübung nicht als Ausfluß eines Rechts geschehen ist, so hindert dieser Umstand den Eintritt der Verjährung. (Erkenntniß des II. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . | 479 |
| 50. | Sowohl nach gemeinem Recht als nach Landrecht kann eine Wegegerechtigkeit ohne bestimmten Wegezug auf dem dienenden Grundstücke bestehen und also auch durch Ersitzung erworben werden. (Erkenntniß des II. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . | 481 |
| 51. | 1. Ein Privatverbot des Berechtigten hindert das Erlöschen der Grundgerechtigkeit durch stillschweigende Einwilligung im Falle des A.L.R. I. 22 § 43. 2. Der Vorschrift des A.L.R. I. 8 § 142 wird genügt, wenn es möglich ist, von irgend einer Stelle des Nachbarhauses den Himmel zu erblicken. (Erkenntniß des II. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . | 483 |
| 52. | 1. Begriff der unerlaubten Privatgewalt. 2 Eine Ehefrau darf ihr gesetzlich vorbehaltenes Vermögen nicht wider den Willen des Mannes aus der ehelichen Wohnung fortnehmen. (Erkenntniß des IV. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . | 486 |
| 53. | 1. Die Vorschrift des A.L.R. II. 1 § 211 bezieht sich nicht auf lästige Verträge der Ehefrau mit einem Dritten, welche eine Hingabe aus | |

Nr. Seite

ihrem Vermögen und eine Gegenleistung aus dem des andern Kontrahenten zum Gegenstand haben.
2. Ehefrauen sind nach dem A.L.R. vertragsfähig. Gegen sie kann der Vertrag nur nach Genehmigung des Mannes geltend gemacht werden.
3. Bei der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums wird derjenige Eigenthümer, welcher den Besitz ergreift, nachdem der Veräußerer auf Grund des vorliegenden Titels sich des eigenen Besitzes zum Vortheil des Erwerbers und in der Absicht, diesen zum Eigenthümer zu machen, entschlagen hat. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) 488

54. Wenn der Ehemann aus den Revenüen des seinem Nießbrauch unterliegenden Vermögens der Frau Schulden der letzteren bezahlt, so kann er von ihr Erstattung verlangen. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . . 491

55. Bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (in Ostpreußen) sind der überlebende Ehegatte und die Kinder den Gläubigern gemeinschaftlich verpflichtet. Es kann deshalb die Wittwe allein wegen Schulden nicht verklagt werden. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) 492

56. Anfechtung der Ehe wegen Irrthums über die Unbescholtenheit des einen Ehegatten. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) 494

57. Bösliche Verlassung wird nicht dadurch beseitigt, daß während des Scheidungsprozesses der schuldige Ehegatte sich bei dem andern einfindet und zur Fortsetzung der Ehe bereit erklärt. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . 495

58. Im Falle der Ehescheidung wegen verdächtigen Umganges des einen Ehegatten muß das Verbot der Wiederverheirathung des schuldigen Theiles ohne besondere Erlaubniß erkannt werden. Das Eheverbot des § 33 Nr. 5 des Reichsges. vom 6. Februar 1875 bezieht sich auch auf den Fall der Scheidung wegen verdächtigen Umganges. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . 496

59. Welche Wirkung hat der während des Scheidungsprozesses eintretende Tod des schuldigen Ehegatten auf den Abfindungs-Anspruch des unschuldigen? (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . 498

60. 1. Die Beifügung einer Substitution enthält eine Beschränkung des Pflichttheils.
2. Die Pflichttheilsklage ist vererblich. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 499

61. Jedes Mitglied einer Kirchengemeinde kann gegen die Forderung von Baukosten den Einwand erheben, daß die in der Umlage der Kirchenvertretung angesetzten Kosten nicht von den Gemeindemitgliedern, sondern von einem Andern (dem Patron) zu tragen sind. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . 501

62. Stadt Berlin. Zu den Kosten der Legung des ersten Straßenpflasters gehören auch die Kosten der Herstellung des Niveaus und des Gefälles. (Erkenntniß des II. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . 503

63. 1. In der Kurmark Brandenburg hat jede Stadt und jedes Dorf die Land- und Heerstraßen, mit Einschluß der dazu gehörigen Fußwege, so weit zu erhalten, als die Straße durch die Feldmark des Ortes geht.
2. Die Vorschriften des A.L.R. I. 8 §§ 81, 82 über die Benutzung des Bürgersteiges gelten nur für Städte, nicht für Dörfer. (Erkenntniß des II. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . 505

64. Wenn einer Dorfgemeinde die Unterhaltung einer Brücke gesetzlich obliegt, so kann wegen des durch die Vernachlässigung dieser Unterhaltung entstandenen Schadens der Beschädigte sich an die Gemeinde selbst halten und braucht sich nicht an die Beamten, welche das Versehen begangen haben, verweisen zu lassen. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . 507

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 65. | 1. Wenn die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges erhoben ist, findet freie Beurtheilung des Sachverhältnisses statt. 2. Der Anspruch auf Benutzung eines öffentlichen Weges kann, sofern es sich nicht um ein Privatrecht handelt, durch gerichtliche Klage nicht geltend gemacht werden. 3. Die Vorschrift A.L.R. II. 15 § 7 gewährt dem Einzelnen nicht ein Privatrecht auf Benutzung eines öffentlichen Weges. (Erkenntniß des II. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . | 508 |
| 66. | Der preußische Vormundschaftsrichter darf einem in Preußen sich aufhaltenden und in seinem Heimathsstaate bevormundeten minderjährigen Nichtpreußen zum Zwecke des Betriebes einer Rechtsangelegenheit einen Pfleger bestellen. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) | 511 |
| 67. | Die von dem gesetzlich verpflichteten Armenverbande gegebene Unterstützung muß von dem Armen erstattet werden, sobald seine Vermögenslage es zuläßt. Die Absicht der Schenkung ist bei dem Armenverbande nicht zu vermuthen. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 513 |
| 68. | Wenn ein Verarmter die ihm von dem gesetzlich dazu verpflichteten Verwandten angebotene Verpflegung nicht annimmt und von einem Armenverbande unterstützt werden muß, so kann letzterer Ersatz von dem Verwandten fordern. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 515 |
| 69. | Wenn einem pensionirten Offizier nach dem Austritt aus dem Dienst eine etatsmäßige Stelle, mit welcher zwar kein Gehalt, aber das Recht auf Wohnungsgeldzuschuß verbunden ist, übertragen wird, so muß bei seinem Ausscheiden aus dieser Stelle der Wohnungsgeldzuschuß bei Bemessung der Pension in Anrechnung gebracht werden. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . | 517 |
| 70. | Die im § 114 des Militär-Pensionsgesetzes vom 27. Juni 1871 vorgeschriebene Bekanntmachung der Militärverwaltungsbehörde ist an keine Form gebunden. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) | 520 |
| 71. | Unfähigkeit des Lehrlings zur Erlernung des Handwerks berechtigt zur Aufhebung des Lehrvertrages, auch wenn die Unfähigkeit schon vor Abschluß des Vertrages vorhanden war. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . | 520 |
| 72. | 1. Sowohl nach § 108 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 als nach § 120a des Gesetzes vom 17. Juli 1878 sind Streitigkeiten zwischen selbständigen Gewerbetreibenden und ihren Gehülfen in den vom Gesetze bestimmten Fällen, bevor die gewerbliche Vorinstanz beschritten ist, im Rechtswege nicht verfolgbar, selbst wenn das Vertragsverhältniß bereits gelöst ist. 2. Ein Braumeister, dem kontraktlich im Dienste des Prinzipals bestimmte Funktionen, aber nicht die Vertretung des Prinzipals nach außen hin überwiesen sind, gehört zu den Gewerbegehülfen. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . . | 522 |
| 73. | Das Vorrecht des § 77 der Konkursordnung (Liedlohn) bezieht sich auch auf Fabrikarbeiter, welche in einem festen Dienstverhältniß stehen. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . | 526 |
| 74. | Der Inhalt des Katasterauszuges ist für den Gegenstand der Subhastation nicht schlechthin maßgebend. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 528 |
| 75. | Unterschied zwischen klagbaren und beurkundeten Verträgen. Nur letztere sind stempelpflichtig. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 530 |
| 76. | Der Grundsatz, daß die einzelnen Rechtsgeschäfte, welche zwischen Miterben zum Zweck der Erbschaftstheilung abgeschlossen werden, einer | |

Nr. Seite

Stempelabgabe nicht unterliegen, findet auch auf Theilungsverträge zwischen Lehnsnachfolgern und Agnaten Anwendung. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . 531

77. Ein Erbschaftskauf, welchen Miterben zum Zweck der Auseinandersetzung abschließen, unterliegt nicht dem Kaufstempel. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . 534

78. Kompetenz der Generalkommission zur Entscheidung über die Nutzungen von Grundstücken, bezüglich welcher das Separationsverfahren eingeleitet ist. (Erkenntniß des II. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . 536

79. Der dingliche Gerichtsstand ist nach der Allg. Gerichts-Ordnung ein ausschließlicher. (Erkenntniß des II. Hülfssenats des Reichsgerichts) 539

80. 1. Durch die A.G.O. I. 3. § 30 vorgeschriebene Prozeßvollmacht wird der Prozeßmandatar nicht ermächtigt, eine Ladung seines Mandanten zum Schwurtermine in Empfang zu nehmen.
2. Der Prinzipal ist nur gegen Rechnungslegung zur Zahlung des Salairs an den Verwalter verpflichtet. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . 541

81. Unterschied zwischen Geständniß und Anerkenntniß. Letzteres bedarf bei Objekten über 150 Mark der schriftlichen Form. (Erkenntniß des II. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . 543

82. Das von einer verklagten Ehefrau unter Beitritt des zugleich vom Ehemanne bevollmächtigten Anwalts abgegebene Anerkenntniß genügt zum Erlaß des Agnitionsbescheides. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . 544

83. 1. Die Behauptung, daß ein zwischen dem Prozeßgegner und einem Dritten geschlossener Vertrag nur zum Schein geschlossen sei, enthält keine exceptio de jure tertii.
2. Die Auflassung, welche sich auf einen Scheinvertrag stützt, kann angefochten werden. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) 545

84. Der Richter hat nicht von Amtswegen zu prüfen, ob die Partei, welche sich weigert, einen erkannten Eid zu schwören, den Eid in anderer Norm oder über ein minus ableisten könne. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . 548

85. Die Bestimmung in der A.G.O. I. 10 §§ 375, 376, wonach ein Eidespflichtiger, welcher in I. Instanz den Schwurtermin versäumt, in der Appellations-Instanz zur Ableistung des Eides zugelassen werden soll, ist eine prozessuale. Ihre Verletzung kann weder auf Grund des § 5 noch des § 4 der Verordn. vom 14. Dezember 1833 mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . 549

86. Förmlichkeiten der Appellationsrechtfertigungsschrift. Es bedarf nicht der Unterschrift des Appellanten. (Erkenntniß des II. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . 550

87. Eine in I. Instanz bestrittene Thatsache gilt auch in II. Instanz für bestritten, selbst wenn der I. Richter sie für bewiesen erachtet, und diese Feststellung nicht angegriffen ist. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . 552

88. 1. Wenn der Appell.-Richter ein Erkenntniß nur mit einer Maßgabe bestätigt, so liegen zwei difforme Entscheidungen vor, und es ist unter Voraussetzung der summa revisibilis die Revision zulässig.
2. Der Schuldner ist, sobald eine Forderung gerichtlich mit Arrest belegt wird, zur Deposition der Schuld befugt, auch dem Cessionar des Arrestaten gegenüber. (Erkenntniß des V. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . . . . . . . . . . . . . . . 553

89. Die in A.G.O. I. 16 §§ 19 und 21 vorgeschriebene zehnjährige Frist zur Anstellung der Restitutionsklage ist vom Tage des publizirten Er-

Nr. Seite

kenntnisses, nicht von der Auffindung der neuen Urkunden zu berechnen. (Erkenntniß des IV. Civilsenats des Reichsgerichts) . . . 554
90. Die Verpflichtung des Richters zur Belehrung rechtsunkundiger Parteien bei Abgabe von Anerkenntnissen tritt nicht ein, wenn die Partei sich der Folgen ihrer Erklärung bewußt ist. (Erkenntniß des I. Hülfssenats des Reichsgerichts) . . . 558

## Literatur.

23. System des deutschen Privatrechts von Paul von Roth. Erster Theil . . . 559
24. Deutsches Patentrecht von Dr. Joseph Kohler . . . 567
25. Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. Mit Kommentar herausgegeben von H. Makower, Rechtsanwalt und Notar . . . 586
26. Das Deutsche Handelsrecht von Dr. Carl Gareis, ord. Professor der Rechte . . . 587
27. Encyclopädie des Wechselrechts der europäischen und außereuropäischen Länder auf Grundlage des gemeinen deutschen Rechts von Dr. Oskar Wächter . . . 588
28. Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879. Erläutert von Wilhelm Kranichfeld, Amtsrichter . . . 589
29. Die Zins- und Wucherfrage von Peter Reichensperger . . . 589
30. Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten von Dr. C. F. Koch 591
31. Das preußische Grundbuchrecht von W. Bahlmann, Geh. Ober-Regierungsrath . . . 592
32. Lehrbuch der Pandekten von L. Arndts R. v. Arnesberg . . . 592
33. Oberstrichterliche Entscheidungen in Eisenbahnsachen vom Jahre 1874 bis 1878 . . . 593
34. Das bürgerliche Gewohnheitsrecht in Rußland von S. W. Pachmann, ord. Professor an der Universität zu St. Petersburg . . . 593
35. Die Grundbegriffe der Nationalökonomischen Güterlehre von Dr. Carl Thomas . . . 595
36. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Von L. Gaupp . 595
37. Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich 2c. von Dr. Friedrich Hellmann . . . 597
38. Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen von C. Hahn, Geh. Ober-Justizrath, Senats-Präsident des Kammergerichts . . . 597
39. Die gesammten Reichs-Justizgesetze und die sämmtlichen für das Reich und in Preußen erlassenen Ausführungs- und Ergänzungsgesetze, Verordnungen, Erlasse und Verfügungen von Dr. P. Kayser, Landrichter bei dem Landgericht I. zu Berlin, z. Z. Hülfsarbeiter im Reichs-Justizamt . . . 597
40. Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung. Von Dr. Adolf Wach 598
41. Der Reichs-Civilprozeß. Von Dr. Hermann Fitting, ord. Professor der Rechte zu Halle . . . 602
42. Die Feststellungsklage. Von Dr. Jakob Weismann, Privatdocent an der Universität Leipzig . . . 603
43. Lexikon der Civilprozeß- und Konkursgesetzgebung des deutschen Reichs. Von Dr. W. von Melle, Rechtsanwalt zu Hamburg . . . 607
44. Das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von Dr. Johann Merkel . . . 608
45. Im Deutschen Gerichtshof. Separatabdruck der in der „Berliner Gerichts-Zeitung" veröffentlichten Erörterungen über die Reichs-Justizgesetze . . . 608
46. Die Justiz-Verfassung in Preußen nach Reichs- und Landesrecht. Von W. Turnau, Landgerichtsrath . . . 609

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 47. | Die preußische Gerichtsverfassung. Von W. Munk, Amtsrichter in Berlin | 610 |
| 48. | Die Konkursordnung für das Deutsche Reich von Julius Petersen | 612 |
| 49. | Die Konkursordnung für das Deutsche Reich vom 10. Februar 1877. Von Dr. von Sarwey, Kgl. Württemberg. Staatsrath | 612 |
| 50. | Die Deutsche Konkursordnung vom 10. Februar 1877 (Fallimentsgesetz) in gemeinverständlicher Darstellung von R. Weinhagen, Dr. jur. | 613 |
| 51. | Ist der Amtsgerichts-Civilprozeß in seiner jetzigen Gestalt lebensfähig? Von A. Gründler, Landgerichtsrath zu Cottbus, Mitglied des Hauses der Abgeordneten | 615 |
| 52. | Die preußischen Ausführungsgesetze zu den Reichs-Justizgesetzen. Von Dr. J. Struckmann, Geh. Ober-Justizrath und Landgerichts-Präsidenten, und R. Koch, Geh. Ober-Finanzrath, Reichsbankjustitiarius und Mitglied des Reichsbankdirektoriums | 625 |
| 53. | Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Von Dr. E. S. Puchelt, Reichsgerichtsrath | 626 |
| 54. | Die Strafgerichtsverfassung und das Strafverfahren des Deutschen Reichs. Von Dr. Paul Kayser, Kgl. Stadtrichter in Berlin | 626 |
| 55. | Reichsgesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Socialdemokratie vom 21. Oktober 1878 von Dr. von Schwarze | 627 |
| 56. | Das preußische Gesetz vom 15. April 1878, betreffend den Forstdiebstahl. Von W. A. Günther, Kgl. Staatsanwalt und Mitglied des Hauses der Abgeordneten | 627 |
| | Textausgaben | 627 |
| | Vorläufige Anzeigen | 627 |

# Abhandlungen.

## 5.

## Ihering's Definition des Rechts.

(Schluß von Nr. 1 dieses Jahrgangs.)

Eine Studie von Herrn Amtsrichter Kühnast in Rummelsburg in Pommern.

### V.

Ausgeschieden aus der Definition des Rechts ist die Bestimmung subjektiver Rechte, worin man das Kriterium des Rechts gegenüber der Polizei oder sonstigen Wirksamkeit des Staats zu finden glaubte, indem man z. B. das Verbot der Blutschande als objektive Bestimmung des subjektiven Rechts auf Unterlassung der Blutschande definirte und nicht nur von einem Recht des Lebenden auf Unterlassung des Mordes, sondern auch von einem Recht des Mörders, hingerichtet (und nicht etwa gelyncht) zu werden, sprach. Es ist auch in der That nicht abzusehen, wie der Staat dazu kommen sollte, das Recht des Todten zu verfolgen oder gar dem Verbrecher diesen kostspieligen Schutz angedeihen zu lassen.

Ausgeschlossen ist ferner der Begriff der Negative, worin man die Scheide zwischen der Moral, welche die sittliche Idee jedes Instituts in ihrem positiven Inhalt zu realisiren habe, und dem Recht gesucht hat, welches die Ordnung nur in ihrer äußersten Grenze, nur soweit zu wahren habe, daß nicht die Unordnung eintrete.[1])

[1]) Hugo Grotius de jure belli ac pacis, I, 1, 3: De jure belli cum inscribimus hanc tractationem, primum hoc ipsum intelligimus, quod dictum jam est, sitne bellum aliquod justum, et deinde quid in bello justum sit? *Nam jus hic nihil aliud quam quod justum est, significat: idque negante magis sensu, quam ajente, ut jus sit, quod injustum non est.* Stahl a. a. O. S. 205 und ganz neuerdings Lasson in Nyck's Literaturblatt, S. 90: „Das Recht trägt an sich negativen Karakter, das Wesentliche an ihm ist das Verbot der Ueberschreitung einer Grenze."

Ausgeschlossen ist weiter die Kraft der Gestaltung und Determination, die organisirende Macht des Rechts.

Ausgeschlossen ist auch das Institutionelle.

Absolut ausgeschlossen ist endlich der nationale Karakter des Rechts. Nation und Gesellschaft sind Gegensätze, wie man auch den noch immer sehr zweifelhaften Begriff der letzteren definiren möge, ob man ihn im Sinne der Nationalökonomie als die Wechselbeziehung der Anbietenden und Abnehmenden auf dem Markt der menschlichen Bedürfnisse auffassen oder in einem höheren, humanitären, aber erst recht vagen Sinn der „Gesellschaftswissenschaft" als die Allgemeinheit des Kulturlebens außer Staat und Kirche betrachten möge. Jhering hat nichts gethan, die Grenzen der Gesellschaft zu bestimmen. Der Begriff der Gesellschaft ist bei ihm flüssiger wie anderwärts. Dieselbe scheint geradezu mit der „unbestimmten Vielheit der Personen", der „Masse" identifizirt zu werden.[2])

Als wesentliches Moment des Rechts faßt Jhering aber die Sicherung der Rechtspflicht durch äußeren Zwang. Es sei das absolute Kriterium eines jeden wahren Rechtssatzes, daß in letzter Instanz eine Behörde hinter ihm stehe, die ihn nöthigen Falls erzwingt.[3])

Das Moment des Zwangs ist seit Thomasius viel erörtert und hat bereits in der Formulirung Jhering's seine bemerkenswerthen Bedenken erregt. Thon[4]) bezweifelt es, ob man die Strafe, welcher der Uebertretung einer Norm folgt, als Erzwingung der letzteren ansehen kann, und beruft sich speziell auf die Imperative, welche sich in monarchischen Staaten[5]) an das oberste Organ der Staatsgewalt wenden und prinzipiell folgenlos bleiben. Er will den Zwang, soweit er dem Recht angehört, selbst wieder in Normen auflösen, so daß nicht das Zwingen Sache des Rechts sei, sondern das Zwingendürfen und Zwingensollen.

---

[2]) S. 489, 490, 493 ff.

[3]) S. 337.

[4]) in der Vorrede zu Rechtsnorm und subjektives Recht, vergl. übrigens auch Ryck, Die Obligatio, S. 8.

[5]) vergl. Fischel, Die Verfassung Englands, 2. Aufl., S. 111 ff. Hooker (unter Elisabeth): lex facit regem. Toulmin Smith: Der Grundsatz: „Der König kann nicht Unrecht thuen" ist allein im Sinn eines Verbots anzusehen. Er drücke in höflicherer Form aus: „Der König darf nicht Unrecht thuen."

Wie äußerlich die Zwangsanstalt hinter dem Recht steht, beweist der prozessuale Unterschied zwischen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit, beweist andererseits die Sicherung der äußeren Anstandspflichten, wie sie in den Ehrengerichten, den Disziplinargerichten sowie in den Institutionen der Kirchenzucht[6]) besteht, beweist endlich auch die Sicherung von Liebespflichten der Familienglieder, wie sie das Rechtsinstitut der Testirfreiheit darstellt. Auch wo die Zwangsanstalten im Krieg und Aufruhr zusammenbrechen, bleibt Recht und Unrecht. Robinson, das ewige Schulgespenst der Naturlehre der Gesellschaft, repräsentirt ohne Weib und Kind nicht einmal den Dahlmann'schen Urstaat. Erschlägt er ein an seine Küste herantreibendes Individuum, so begeht er ein Unrecht, auch wenn keine der Voraussetzungen des § 4 des deutschen Strafgesetzbuchs und etwaiger ähnlicher Gesetze fremder Nationen zutrifft, wiewohl ein Zwang und eine Zwangsanstalt nicht hinter ihm steht.

Es scheint aber auch, als ob die Frage wohl aufgeworfen werden darf, ob überhaupt die Erfüllung irgend einer Rechtspflicht und insbesondere die Leistungsabsicht[7]) erzwingbar ist. Die schärfste Probe giebt die durch die neueste Gesetzgebung so weise beschränkte[8]) Zwangsvollstreckung zur Erfüllung von Handlungen durch Anwendung von Haft. Ist die Erfüllungshandlung erzwungen, wenn der Schuldner die Handlung leistet aus Scheu vor der Pforte des „dunkelen stillen Orts", oder wenn er in der Haft leistet, weil ihm die vier Wände, die das Gefängniß bedeuten, zu enge werden? Nimmermehr. Entweder der Schuldner ist durch den Rechtsgang von seiner Pflicht überzeugt und hat die Erfüllung nur hinausgeschoben, dann ist der Zwang nur ein erwünschter oder unerwünschter Anlaß, die freie Willensbethätigung in Bewegung zu setzen; oder der Schuldner ist von seiner Pflicht nicht überzeugt, beziehungsweise will aus Eigen-

[6]) Es ist für das evangelische Niederhessen bezeugt die Fortdauer des großen Banns, der in den Bekenntnissen der lutherischen Kirche als Theil der potestas clavium figurirt. Aem. L. Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts, 5. Aufl., § 226, vergl. § 14 der Kirchengemeinde- und Synodalordnung vom 10. September 1873. De lege ferenda verlangt die extreme Fraktion der Landeskirche „ernste Kirchenzucht gegen die Verächter der kirchlichen Lehre, Ordnung und Sitte" (!). S. 38 der Mittheilungen aus der evangelisch-lutherischen Konferenz innerhalb der preußischen Landeskirche v. J. 1877.

[7]) fr. 55, 14 § 8 D. de sol. et lib. 46, 3.

[8]) C.P.O. § 774.

sinn nicht erfüllen, dann entsteht trotz der äußeren Erfüllungsthätigkeit keine Erfüllungshandlung, die Erfüllungsabsicht fehlt nach wie vor.

Für den Juristen, sagt Ihering[9]), giebt es kein anderes Kriterium des Rechts als die Anerkennung und Verwirklichung desselben durch den Richter: Kein Rechtssatz ohne Rechtszwang. Thon erinnert, daß jedes Lehrbuch des Kirchenrechts die Verfassung der ersten christlichen Kirche bespricht und damit das Recht der Kirche in eine Zeit versetzt, in welcher sie vom staatlichen Standpunkt noch eine verbotene Vereinigung war. Moderne Gegenbeispiele fehlen aber auch nicht. Ein Rechtssatz besteht auch dann, wenn er vom höchsten Gericht noch nicht gefunden ist.[10]) Die separate Klagbarkeit eines Wechselregreßanspruchs im Lauf einer Rechnungsperiode war z. B. positives Recht auch damals, als das Oberhandelsgericht dieselbe noch nicht[11]) anerkannte, als also ein Rechtszwang hinter diesem Rechtssatz durchaus nicht stand. Ein Rechtssatz besteht auch dann, wenn er von dem einen Senat des höchsten Gerichtshofs anerkannt, von einem anderen Senat desselben Gerichtshofs verworfen wird. Bekannte Beispiele liefert die Rechtsprechung des preußischen Ober-Tribunals in der auch nach dem 1. Oktober 1879[12]) eminent praktischen Frage nach der rechtlichen Tragweite des für einen persönlichen Anspruch in das Grundbuch eingetragenen Arrestes[13]) wie in der Frage nach der separaten Klagbarkeit der Verzugszinsen.[14]) Auch hier steht für alle Rechtsfälle, die ressortmäßig von dem einen Senat des höchsten Gerichtshofs zu erledigen sind, hinter dem Rechtssatz kein Rechtszwang. Unmöglich kann man sagen, daß in allen diesen Fällen noch kein sicheres Recht existirt. Es gilt von dem Forum wie von den Akademien, daß „was die Juristen finden, kein neu erzeugtes Recht ist; es war schon früher vorhanden, es ist nur

---

[9]) S. 320, 321.

[10]) Man denke an die Rettungen landrechtlicher Rechtsgedanken durch Paris: Kollision der Hypothek mit dem Eigenthum (1875), Widerruflichkeit der mit einem Unmündigen geschlossenen Verträge, S. 336 des vorigen Bandes dieser Zeitschrift, Kritik der herrschenden Lehre vom Licht und Fensterrecht (1879).

[11]) Siehe Stegemann, die Rechtsprechung des Oberhandelsgerichts, Band 3, S. 209, Note. Eine andere Korrektur Entsch. Bd. 24 S. 1.

[12]) C.P.O. §§ 810, 811.

[13]) Vgl. Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts, Band 16 S. 369.

[14]) Förster, Th. und Pr. des preuß. Privatrechts, 2. Aufl. Band 1 S. 382, Anm. 84.

aufgedeckt worden. Ob es aber wirkliches Recht ist, was sich ihnen als Resultat ihrer wissenschaftlichen Operationen ergiebt, hängt lediglich von der Richtigkeit dieser Operationen ab".[15])

Was man als Moment des Zwangs in die Definition des Rechts aufgenommen hat, ist der allen rechtlichen Postulaten innewohnende Trieb der Verwirklichung. Dieser Realisirungstrieb ist das vitale Element des Rechts, das sich in dem Fundamentalsatz des englischen Rechts krystallisirt hat: where there is a right, there is a remedy. Die Erfüllung ist nur ein Modus der Realisirung; und es kommt dem Recht dabei so sehr auf das Wirkliche an, daß es eine unvollkommene Wirklichkeit (satisfactio pro solutione) als Surrogat der Erfüllung, das „Faktische der Zahlung"[16]) als Befreiung und in der Zwangsvollstreckung die Erfüllungsthätigkeit als Erfüllungshandlung anerkennt. Das Moment des Zwangs verschwindet, wenn man die Vollstreckung des Urtheils als Einsetzung des Siegers in die Ausübung des Rechts auffaßt.[17]) Wo das Recht freiwillig geübt wird, wo der Zwang in einzelnen Lebenskreisen auf Stufen höherer Gesittung unnöthig wird, besteht um so vollkommener das Recht.[18])

Nicht nur kein konstitutives Moment des Rechts, nicht einmal ein sekundäres Moment, nicht einmal die begriffliche Folge[19]) des Rechts ist der Zwang. Das Moment des Zwangs gehört überhaupt nicht in die Definition des Rechts, sondern in die Definition des Staats.[20]) —

---

[15]) Windscheid, Pand. 4. Aufl. § 16 Anm. 8.

[16]) Puchta, Pand. § 288.

[17]) Trendelenburg a. a. O. S. 90.

[18]) Ahrens a. a. O. Band 1, S. 285, 310.

[19]) Stahl a. a. O. S. 276.

[20]) In einer Fußnote sucht folgende Formulirung Platz: das (positive) Recht ist die autoritative Norm für die Verwirklichung der Freiheit, Bindung und Gestaltung menschlichen Gemeinlebens. — Das Merkmal der äußeren Autorität, das den nächsten Grund des zu Erklärenden enthält, ist aufgenommen nach Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Band 2 S. 383. Es enthält die normale, aber nicht unerläßliche, Beziehung auf den Staat, fällt aber mit dieser Beziehung nicht zusammen. In dem Begriff der Norm (und ebenso in dem Wort „Regel", siehe Weigand, Wörterbuch der deutschen Synonymen) liegt, der ursprüngliche Wortverstand zeigt das, die Beziehung auf das Aeußere ohne den Fehler des Ausschlusses der Innerlichkeit (Kant). Die Verwirk-

## VI.

Iherings Philosophie, wir gehen zu einer allgemeineren Betrachtung der Definition über, ist zuvörderst eine antisozialistische Reaktion und insofern eine interessante Bestätigung des Einflusses der politischen Zeitstimmung auf die Rechtsphilosopheme. Diese Reaktion markirt nicht nur Iherings Protest gegen die Identifizirung von Staat und Gesellschaft, sie liegt in der Bewegung seines Prinzips. Wird der Egoismus zu der Bedeutung eines Naturgesetzes erhoben, so folgt aus diesem Gesetz die Unmöglichkeit, mit einem Ideal kollektiver Organisation diesen selbstischen Antrieb zur Selbsterhaltung, zur Vermögens- und Rechtsherrschaft zu überfliegen. Ist der Grund des subjektiven Rechts das Interesse, das bei jedem Subjekt ein verschiedenes ist, wie bei jedem Subjekt verschieden ist die Werthschätzung jedes Guts, so zerfliegt das Ideal sozialistischer Gleichheit vor dieser Naturgestaltung der Differenz der Werthgebung, der Interessen und des Rechts.

Ihering's Philosophie ist ferner, und darin dürfte ihr spezifisch-juristischer Schwerpunkt liegen, eine antispiritualistische Reaktion gegen die Rechts- und Staatsauffassung der historischen Juristenschule.

So heftig die Geister auch in der Kodifikationsfrage sprüheten, wo die Hitze des Streits Puchta[21]) dahin führte, den edlen Impuls Thibauts zu vergleichen mit den Promulgationsideen eines Theodosius II., der von seiner Gesetzsammlung den Anbruch der Morgenröthe der Wissenschaft erwartete für eine Zeit, wo nach seinen eigenen

---

lichung (wirklich ist, was sich durch Wirkungen wirksam erweist, Ahrens, Rechtsphilosophie, Band 2 S. 487) umfaßt in höherer Einheit das, was man in den Momenten des Zwangs, der Aeußerlichkeit oder Legalität und der Negative vergeblich gesucht hat. Die Verwirklichung markirt zugleich die Scheide von der Moral. Kein Gebot der Moral ist in irgend einem Einzelfall je vollständig verwirklicht: dem Edelsten, was auch der Geist empfangen, fügt nach dem Dichterwort immer fremder Stoff sich an. Recht ist Freiheit (Wolf, Kant), aber nicht im Sinn einer „verständig geordneten Ungeselligkeit", sondern im Sinn einer „vernünftigen Geselligkeit" (Schmid, Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts, S. 30). Daher das Moment der Bindung, der menschlichen, wirthschaftlichen, rechtlichen Abhängigkeit. Die Gestaltung umfaßt die Gliederung, Disziplinirung, Organisirung.

[21]) Institutionen 6. Aufl. Band 1 S. 550.

Worten in tanto lucubrationum tristi pallore vix unus aut alter receperit soliditatem perfectae doctrinae — so ist dennoch die Kritik der Staatsgesetzgebung nicht das Ferment der historischen Rechtsauffassung. Karakteristisch zwar die Auffassung der Gesetzgebung als einer Feststellung, einer Reproduktion entstandenen Rechts, die Unterstellung der Gesetzgebung unter die rechtserzeugende Ueberzeugung des Volks, die Gegenüberstellung der Gesetzgebung und der rechtsbildenden Wissenschaft als Rechtsquelle.[22]) Savigny ist es aber gerade gewesen, der seine Arbeit in den Dienst einer künftigen Kodifikation stellte.

Verfehlt wäre es auch, den springenden Punkt dieser mächtigen Geistesbewegung in romanisirenden Tendenzen zu suchen. Es war eine der Paradoxieen Kierulff's[23]), daß die historische Schule prätendire, daß jede neue Entdeckung, welche ein Civilist aus irgend einem vergessenen Winkel des corpus juris, aus irgend einer Novelle, von welcher in der deutschen Praxis nie die Rede gewesen ist, macht, bloß darum, weil sie aus dieser Quelle gemacht ist, von der Praxis sofort angenommen und realisirt werden solle. Savigny führte in den Detailuntersuchungen mit Vorliebe das kritische Messer gegen den Aberglauben an die fortdauernde Geltung einzelner römischer Rechtssätze; und in das Gebiet des deutschen Rechts ist der Streit zwischen einer historischen und unhistorischen Richtung, abgesehen vielleicht von einzelnen oder auch mehreren Stimmen auf einzelnen Germanistenversammlungen,[24]) nicht gedrungen.[25]) Der heutigen Geschichtsschreibung[26]) erscheint darum jene ganze Bewegung als ein Moment der nationalen Einkehr in das deutsche Leben.

Oberflächlich wäre es auch, das allein Karakteristische der historischen Schule zu suchen in der Einsicht in die Nationalität und Individualität, in die innerliche, eigenthümliche, sittlich-geistige Bestimmtheit des positiven Rechts. Die Probe ist schon die, daß der Zusammenhang des Rechts mit dem Volk und dem Volksbewußtsein,

---

[22]) Mohl a. a. O. Band 2, S. 382.

[23]) Civilrecht, Einleitung S. XX.

[24]) Stahl a. a. O. Band 2 Abth. 1. S. 270 Anm.

[25]) Bluntschli, Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen. 1. Aufl. S. 30. Vgl. die Vorrede zur ersten Auflage der deutschen Staats- und Rechtsgeschichte von Eichhorn d. d. Frankfurt an der Oder, 13. Mai 1808.

[26]) von Treitschke, Geschichte der Deutschen im 19. Jahrhund., Band 1 S. 209.

seine ursprünglich unreflektirte Entstehung und die Anforderung der Kontinuität in seiner Fortbildung sich mit Ihering's System der Zweckschöpfung vollständig verträgt. Das Unreflektirte, der Instinkt, ist ja gerade zweckmäßiges Handeln, nur ohne Bewußtsein des Zwecks.[27]) Auch schließt die unzweifelhafte Thatsache, auf die Savigny an hervortretender Stelle hinweist, daß überall, wo ein Rechtsverhältniß zur Frage und zum Bewußtsein kommt, eine Regel für dasselbe längst schon vorhanden, also jetzt erst zu erfinden weder nöthig noch möglich ist, eine Thatsache, die übrigens immer noch nicht ergiebt,[28]) daß jene Regel positiven Rechts ist, die außerdem überall da nicht zur Geltung kommt, wo die Entstehung des Rechtsverhältnisses an eine äußere Organisation (Grundbuchsverfassung, Bankwesen, das Institut des Cheque u. s. w.) gebunden ist, die Teleologie nicht aus. Wenn der Zweck das Recht schafft, so kann er es auch latent schaffen.

Die juristische Potenz der Rechtsauffassung der historischen Schule liegt in der „tiefsinnigen",[29]) wir sagen: eminent philosophischen, wenn auch nicht philosophisch begründeten, Inspiration, daß der Grund des Ethos und der geschichtlichen Bewegung außer dem Menschen und seinem Denken zu suchen sei, in dieser Objektivirung des Rechts, des Volkswillens und des Volksgeistes. Das Recht hat nach Savigny[30]) sein Dasein in dem „gemeinsamen Volksgeist", wobei zu erwägen, daß seine Schule unter dem Volk „nie die Individuen, sondern stets die Nation, das über den wechselnden Individuen stehende ideale Naturganze" verstanden hat.[31]) Das Recht ruht in dem „Gesammtwillen" als einer geistigen Substanz, wie Stahl sagt. Wie solche geistige Substanz ohne pantheistische oder panpsychistische Ingredienzien zu denken sei, ist schwer abzusehen. In der That ist die Anlehnung Savigny's an die Schelling'sche Philosophie historisch außer Zweifel,[32]) wie denn auch Stahl seinen ersten Ausgang von Schelling genommen hat.[33])

---

[27]) Vgl. Kapitel 3 der Philosophie des Unbewußten.

[28]) Schmid a. a. O. S. 199.

[29]) von Stintzing, Macht und Recht S. 8.

[30]) System, Band 1, S. 24.

[31]) Rudorff zu Puchta's Pand. elfte Aufl. § 10.

[32]) Schmid a. a. O. S. 173, Ahrens a. a. O. Band 1 S. 169.

[33]) Bluntschli, Geschichte des allgem. Staatsrechts und der Politik, S. 631.

Kein schärferer Gegensatz nun als der zwischen Schellings Auffassung des Staats als des künstlerischen Bildes absoluten Lebens,[34]) welches die Schönheit um ihrer selbst willen darstellt, welches nicht Mittel ist für einen Zweck, sei es die allgemeine Glückseligkeit Leibniz's, die Befriedigung sozialer Triebe des Grotius oder Hobbes oder Kant's formale Ordnung der Ungeselligkeit — und Ihering's Zweck der Sicherung und Erhaltung individuellen Lebens, der zum Recht, und wenn die Gewalt[35]) ihr eigenes Interesse wohl versteht, zum Staat treibt; so daß Sozietät und Staat gleichgeartete Verhältnisse sind, die sich zu dem allgemeinen Begriff der Assoziation zusammenfassen lassen, so daß die Sozietät der Prototyp des Staats ist.[36])

Hier steht auch der Gegensatz zu Stahl's Rechtsphilosophie, dem der Objektivismus der historischen Schule nicht genügte, der darum das Recht sublimirte als das Ethos über dem Volk und dem Volksbewußtsein, an dem dieses gemessen und gerichtet werde. „Nicht die Menschen, das Volk über das Recht, sondern im Gegentheil die Menschen und daher auch den Gesetzgeber unter das Recht!"[37])

In diesem Subjektivitätsprinzip liegt endlich auch eine Reaktion gegen die Hegel'sche Philosophie. Hegel bestimmt die leitenden Ideen des Rechts nicht durch die Gesetze unserer inneren Natur,

---

[34]) Ahrens a. a. O. Band 1 S. 180, 181.

[35]) Ihering, S. 219, 292. — Rousseau kritisirt — contrat social, l. 1, ch. 3 du droit du plus fort — Supposons un moment ce prétendu droit. Je dis, qu'il n'en résulte qu'un galimathias inexplicable; car sitôt que c'est la force, qui fait le droit, l'effet change avec la cause.

[36]) Es erscheint bemerkenswerth, daß ein anderer hervorragender Vertreter der Privatrechtswissenschaft, O. Bähr in der i. J. 1864 emanirten Skizze „der Rechtsstaat" den Staat unter die Genossenschaften stellt und die Rechtssphäre der Genossenschafter definirt als das Maß der zu bringenden Opfer, als das Maß der zu befriedigenden Interessen und die Einhaltung der zur Herstellung des Gesammtwillens bestimmten Ordnung — eine Staatsauffassung, die den formaljuristischen Stempel trägt. Die Genossenschaft, ein willkürliches Institut für die Zufälligkeit gemeinsamer Individualinteressen, geht in ihrem Rechtsbegriff auf. Nicht der Staat. Die Auffassung des Staats als einer Rechtsanstalt ist gerade so einseitig, als die ökonomische Betrachtung, der der Staat als Produzent der Sicherheit, die Staatsbürger als die Konsumenten der Sicherheit für den Preis der Abgaben erscheinen.

[37]) Stahl a. a. O. 2, 1, S. 241.

sondern faßt sie objektiv als ein im Weltganzen sich offenbarendes Gesetz. Er sucht, frei vom Boden der Induktion, das Recht, wie es im Volksgeist und Weltgeist lebt, zum Bewußtsein zu bringen, jenes wirkliche, von allen Zufälligkeiten zeitlicher Erscheinung entkleidete Recht, welches keine Abstraktion sein soll, sondern die volle und sogar einzige Realität — nur daß die Extreme auch hier sich berühren; indem bei Hegel wie bei Ihering der Unterschied der nothwendigen Gesetze der ethischen Pflicht wie der erfahrungsmäßigen Grundsätze der Politik verschwindet, dort, weil er in der allgemeinen und einzigen Nothwendigkeit der Selbstentfaltung des Begriffs verschwindet, hier, weil alles Ethos in den Zielen einer mehr oder minder grundsätzlichen, das heißt besser oder schlechter verstandenen Privatrechtspolitik aufgeht.

Es ist das aber, wenn nicht alles täuscht, der Punkt der Ihering'schen Philosophie, auf dem die Ewigkeit und Unabhängigkeit der Wahrheit, jener Absolutismus des Rechts, der von Hugo Grotius[38]) herab bis auf Kant's Apriorismus des kategorischen Imperativs, von Leibniz's Grundsatz der Unabhängigkeit des Rechts von göttlicher und menschlicher Machtbestimmnng herab bis zu der sich selbst entwickelnden Idee Hegel's der Indifferenzpunkt der philosophischen Schulen gewesen ist, in die kritische Frage gestellt wird. Ist das Prinzip des Rechts die bloße Zweckmäßigkeit, so verflüchtigt sich das Ferment jedes Rechtsbewußtseins: die opinio necessitatis. Die Zweckmäßigkeit führt nur zur Nützlichkeit, nie zur Nothwendig-

[38]) de jure belli ac pacis, I, 1, 10: Est autem jus naturale adeo immutabile, ut ne a Deo quidem mutari queat. Quanquam enim immensa est Dei potentia, dici tamen quaedam possunt, ad quae se illa non extendit, quia, quae ita dicuntur, dicuntur tantum, sensum autem, qui rem exprimat, nullum habent; sed sibi ipsis repugnant: Sicut ergo ut bis duo non sint quatuor ne a Deo quidem potest effici, ita ne hoc quidem, ut quod intrinseca ratione malum est, malum non sit. In demselben Sinn vergleicht bekanntlich Leibniz die Gesetze der Gleichheit und Billigkeit mit den Prinzipien der Geometrie und Arithmetik. Hochinteressant ist die Frage, die sich bei der Vergleichung der Utilitätsprinzipien Leibniz's und Ihering's aufdrängt, wie Leibniz die Vermittelung zwischen diesem Absolutismus der allgemeinen Prinzipien und dem Utilitätsprinzip der besonderen Rechtssätze findet. Der Punkt scheint von der Leibniz-Forschung noch nicht aufgeklärt zu sein. Zimmermann überspringt diese klaffende Scheide mit der Bemerkung, daß Leibniz sich in der inneren Anordnung der praktischen Begriffe weniger unabhängig gezeigt habe von den Ansichten seines Zeitalters als in jenem Punkt. A. a. O. S. 22.

keit. Die Zweckmäßigkeit ist eine Abstraktion des Verstandes. „Der Schwerpunkt liegt für den Verstand — wir gestatten uns einige Worte von Ahrens[39]) herzusetzen — immer in einem mehr oder weniger begrenzten Erfahrungsgebiet, dem er allein Realität zugesteht, obwohl im Verstande eine Wiederspiegelung der Vernunft sich dadurch kund giebt, daß er zu immer höheren Stufen der Abstraktion und der Abstraktbegriffe aufsteigt, es ihm jedoch unmöglich bleibt, wahrhaft allgemeine Gesetze, oder die sittlichen Ideen des Guten u. s. w., welche fordern, daß Etwas sein soll, aus der Erfahrung abzuleiten. Der verständige Wille nimmt in der Gemeinsamkeit des Lebens bei seinen Bestrebungen und Zwecken auch Rücksicht auf das Gemeinsame (Recht und Wohl) und sucht eine Vermittlung zwischen dem Selbstinteresse und dem Gemeininteresse. Aber da der oberste Gesichtspunkt nicht die höhere Idee des Guten, der Pflicht ist, der Schwerpunkt und das letzte Ziel vielmehr in dem realen eigenen Selbst liegt, so bringt es der Verstand nur zu einem klugen, wohlberechneten Egoismus, der alle Verhältnisse im gesellschaftlichen Leben möglichst für sich auszubeuten strebt."

---

## VII.

Ihering's national-ökonomischer Standpunkt ist für sein ganzes System der Naturgesetzlichkeit, für seine „naturwissenschaftliche Betrachtung der sittlichen Welt"[40]) höchst karakteristisch. Die Konkurrenz die soziale Selbstregulirung des Egoismus, die Lohnsätze des Verkehrs sind regelmäßig gerecht und überall gerecht, denn Preise und Löhne sollen keine Grenzpfähle kennen.[41])

Es giebt nun aber Naturmonopole und Besitzmonopole[42]) in solcher Fülle, daß oft genug erst das Recht die Bedingungen einer Konkurrenz schaffen muß. Natürliche Schranken und Chancen verengen und erweitern relativ, das heißt im Verhältniß zu den Punk-

---

[39]) Rechtsphilosophie, Band 1 S. 240, 241.

[40]) S. 529.

[41]) S. 143, 235, 236. Wie mit diesem Prinzip die glänzenden Plaidoyers für Pfuschereigesetze und Beschränkungen der Verkehrsfreiheit S. 150 und 146 zu vereinen sind, gestehen wir noch nicht absehen zu können.

[42]) Dühring, Kursus der National- und Sozialökonomie, 2. Aufl. S. 146 ff.

ten, wo die natürlichen Kräfte zwischen engeren und weiteren Schranken und Chancen spielen, die Konkurrenz. Eine Regulirung und also auch eine Selbstregulirung des Egoismus kann hier überhaupt erst beginnen, nachdem das Recht nach den Grundsätzen einer vernünftigen Wirthschaft jene Schranken und Chancen erweitert und verengert, das nothwendige Terrain für das Spiel der Kräfte erobert hat. Das Recht ist also nicht der selbstregulirte, intelligente Egoismus, sondern es ist eine außerhalb des Egoismus stehende Macht, die dem Egoismus seine Schranken setzt, erweitert, verengt. Der bedenkliche Zirkel ist der, daß jeder Ausgleich ein Auszugleichendes voraussetzt, daß jene ausgleichende Gerechtigkeit mindestens eine intermittirende Justiz sein muß. Wirkte die Konkurrenz gerecht, so würde sie sich nicht selbst zu reguliren haben; würde sie sich auch selbst reguliren, so wäre das eine höchst mangelhafte Gerechtigkeit; denn die Schäden und Ungerechtigkeiten der Zwischenzeit hätten nun einmal bestanden. Es muß bestritten werden, daß ein soziales Gleichgewicht der sich drängenden und bekämpfenden Zwecke, der Zwecke des Einzelnen und der Stände wie der Gesellschaft als Thatsache der reinen sozialen Mechanik besteht.[43]) Besteht es irgendwo, man darf zweifeln, ob es je vor der sozialen Wage voll bestehen kann, dann besteht es nur kraft des Rechts.

Mit Ihering's Empirismus, seiner Identifizirung des Freiheitsgesetzes und Sittengesetzes mit einem Naturgesetz hängt es zusammen, daß Ihering die Darwin'sche Theorie auf dem Gebiete der Jurisprudenz im vollsten Maße bestätigt findet durch die Resultate, zu denen er in Bezug auf die historische Entwicklung des Rechts gelangt ist. Es ist Ihering dieselbe Nothwendigkeit, mit der sich nach der Darwin'schen Theorie die eine Thierart aus der anderen entwickelt, mit der sich aus dem einen Rechtszweck der andere erzeugt, und wenn tausend Mal die Welt so erschaffen würde, wie sie es einmal ward, nach Milliarden Jahren sie stets dieselbe Gestalt an sich tragen müßte, die Welt des Rechts ganz so wie die physische.[44])

Darwinismus und Jurisprudenz?

Frappant ist diese Parallele nicht gerade. Ist doch der Darwinistische Grundgedanke nachgerade zu einer Weltanschauung ge-

---

[43]) S. 358.

[44]) Vorrede, S. XI, XII.

worden, die täglich immer neue Gebiete der Wissenschaft zu erobern versucht. Nur liegt das Problematische darin, daß auch um den Darwinismus gegenwärtig bereits mechanische und teleologische Weltauffassung streiten, daß sich der krasseste Materialismus wie der edelste Idealismus[45]) auf dem Darwinistischen Prinzip aufbaut. Es scheint, als ob heute bereits von den Formeln des Darwinismus gilt, was von dem triadischen Gestell Hegel's galt: daß „es ist wie mit einem Bücherbrett, in welches sich die vortrefflichsten Redeschöpfungen des menschlichen Geistes, aber auch die nichtswürdigsten Ausgeburten des Hohns und des Frevels einstellen lassen, je nachdem es Eigenthum eines Mannes von dieser oder jener Richtung wird."[46]) Hohn und Frevel wäre es, das gesammte Recht zu konstruiren als ein Kriegsrecht der Menschenarten im Kampf um das Dasein, keinen anderen Werth, keine andere Würde, keine andere Schärfe dem Gesetz beizulegen als die einer Waffe im sozialen Krieg der sozialen Parteien. Und andererseits welch eine weite und scheinbar tief geistige Perspektive, die Geschichte der Rezeption und der Renaissance des römischen Rechts in der neuen Kultur zu begreifen als einen Kampf der Organismen und Arten römischen und deutschen Rechts um ihr Dasein, aus welchem als Sieger hervorgeht „das römische Recht, welches nicht mehr ein fremdes Recht ist, sondern unser Recht",[47]) in dem heutigen Prozeß nachzuweisen die Resultate der Kriege und Siege römischer, italienischer, germanischer, gallischer Rechtsarten um ihr Dasein.

Uns scheinen beide Perspektiven irrwegig zu sein.

Eine Widerlegung jener ersteren materialistischen Richtung unterlassen wir vor dem Leserkreis dieser Zeitschrift. Sie würde auch nicht zu unserem Thema gehören.

Geistiger und gefährlicher ist die zweite Perspektive.

Will man für die Idee eines das Recht beherrschenden Bildungsgesetzes und Entwicklungsprinzips irgend welche naturwissenschaftliche Analogie gewinnen, so muß man der Frage etwas ernster, als es gewöhnlich geschieht, nachgehen, was denn im System des

---

[45]) Es genügt der Hinweis auf Carriere und seinen schönen Aufsatz: der Emporgang des Lebens in der Natur und Geschichte.

[46]) Heinrich Leo in seiner Kritik der Hegel'schen Philosophie im 6. Band der Universalgeschichte, S. 767 bis 787.

[47]) Worte Windscheid's in der Vorrede zur Actio.

Rechts der Organismus ist, dessen Entstehung und Entwicklung der neuen Theorie naturgesetzlicher Nothwendigkeit zu unterstellen man sich versucht fühlen könnte.

So vernutzt die Phrase von der Nothwendigkeit einer organischen Entwicklung des Rechts auch ist — die Wiener Bundesakte traurigen Gedenkens leitete sie mit ihrer Verheißung der „Abfassung der Grundgesetze des Bundes und dessen organischer Einrichtung" ein in die Sprache der politischen Kundgebungen, und sie ist seitdem in der Sprache der Publizistik geradezu abgetreten — viel Klares findet man weder bei Philosophen noch bei Schriftstellern positiver Rechte über die Kriterien organischer Rechtsentwicklung und über die Frage nach dem juridischen Organon. Ist es ein logischer Ausdruck eines wissenschaftlichen Begriffs dieser Organismus des Rechts oder ist es ein bildnerisches Spiel des Genius unserer Sprache?

Puchta[48]) nennt das Recht einen lebendigen Organismus, und in diesem Sinne spricht einmal Bluntschli[49]) von dem Organismus des civilen und dem Organismus des prätorischen Rechts. Kuntze[50]) findet es ganz unlogisch, das Recht im Ernst einen Organismus zu nennen. So wenig das Thierreich ein Organismus, so wenig könne dies vom Recht behauptet werden. Das Recht sei ein Reich, ein System, und suchen wir in ihm nach einer Analogie für das, was dort das einzelne Thier, das Pflanzenindividuum (ein Organismus) ist, so bieten sich uns ganz von selbst die in der Wirklichkeit auftretenden, aus dem Boden des konkreten Verkehrsbedürfnisses hervorsprießenden Rechtsverhältnisse dar. Förster[51]) nennt Organismen die Rechtsinstitute, die wiederum organische Theile höherer Einheiten sind, nach denen sich schließlich das Rechtssystem gruppirt, und prädizirt von diesen Organismen die Innerlichkeit und Unsichtbarkeit.

Wir meinen, daß es müßig ist, zu erwägen, welche dieser drei Auffassungen, von denen die erste und dritte am leichtesten zu einer einheitlichen höheren Auffassung verschmolzen werden kann, den Vorzug verdient. Soll die Idee von einem Organismus des Rechts oder von einem Organismus im Recht wissenschaftliche Schärfe und

---

48) Institutionen, 6. Aufl. Band 1 S. 88.

49) Die neueren Rechtsschulen, S. 23.

50) Obligation und Singularsuccession, S. 389.

51) Theorie und Praxis, § 18.

Analogie mit der Naturwissenschaft gewinnen, so handelt es sich in erster Linie nicht darum, was der Organismus des Rechts ist, sondern es handelt sich zuerst um die schärfere Frage, was das organische Individuum im Recht ist, eine Frage, deren Klarstellung erweist, daß sie weder zu beantworten noch aufzuwerfen ist.

Die neuere Naturwissenschaft fühlt sich bekanntlich[52]) zur Anerkennung lebendiger Individualität innerhalb der äußerlich abgegrenzten Individualität gedrungen. „Alles Leben ist an die Zelle gebunden, und die Zelle ist nicht bloß das Gefäß des Lebens, sondern sie ist selbst der lebende Theil. — Was ist der Organismus? Eine Gesellschaft lebender Zellen — das Leben ist die Thätigkeit der Zelle. — Will man sich nicht entschließen, zwischen Sammelindividuum und Einzelindividuum zu unterscheiden, so muß der Begriff des Individuums in den organischen Zweigen der Naturwissenschaft entweder aufgegeben oder strenge an die Zelle gebunden werden." (Virchow). Von der Anzahl dieser Zellen hört man von demselben Forscher, daß im Blut eines erwachsenen Menschen in jedem Augenblick etwa 60 Billionen kleinster Zellkörper kreisen.

Eine organische Rechtsauffassung, die sich selbst getreu bliebe, stände also vor der Frage: was ist im Recht das organische Individuum, der Zellkörper? Wir meinen, daß mit dieser Frage Philosophie und Mystik aufhört und „der weite wüste Welttheil des Unsinns" anfängt. „Es lebt sich", sagt ja Windscheid[53]) mit vollem Recht, „leichter mit konkreten Gestalten als mit abstrakten Sätzen, aber es hat schon viele Personifikationen gegeben, welche die Hand der Geschichte in das Grab gelegt hat."

Welche Einsicht in das Wesen des Rechts erleichtert denn nun aber das Bild des Organismus, das wir als solches erkannt haben? Wieweit reicht das Gleichniß des natürlichen und des ethischen Organismus und wo beginnt dasselbe zu schwanken?

Organismus, sagt Kuntze[54]) ist lebendige Einheit. Ingleichen spricht Windscheid[55]) von einem inneren Leben der Rechtssätze. Puchta[56]) sieht den Sinn und das Wesen des Organismus einer-

[52]) Die Nachweisungen bei v. Hartmann a. a. O. S. 503 ff.
[53]) Actio, S. 232.
[54]) a. a. O. S. 389.
[55]) Pand. § 9.
[56]) Institutionen, Band 1, S. 88.

seits in einer planmäßigen, lebendigen, zusammenhängenden, simultanen Mannigfaltigkeit, in welcher der Inhalt des Rechts in Glieder, die sich gegenseitig bedingen und voraussetzen, auseinandergeht, und andererseits in der sukzessiven Mannigfaltigkeit, in der das Ganze sich in sich und in seinen Gliedern, sei es durch naturgemäße Prozesse, sei es durch gewaltsame Einwirkungen, verändert. Trendelenburg[57]) sieht in Anlehnung an ein bekanntes Wort des Aristoteles das Kriterium des organischen Ganzen darin, daß das Ganze vor den Theilen ist, und die Theile nur im Ganzen entstehen und bestehen, daß die Idee vor den Theilen ist und die Theile bildet, nicht, daß die Theile, vor der Gemeinschaft selbständig, das Ganze aus ihrer Macht zusammensetzen, daß also auch die Erhaltung des Ganzen Voraussetzung für den Theil sei, indem die Kraft, die das Mannigfaltige der Erscheinungen zusammenhält, dem vom inneren Zweck bestimmten Ganzen beiwohnt. Das Organische ist mithin ein Gegebenes, welches uns, wenn wir es selbst gestalten wollen, zuerst zu seiner Vernunft hinnöthigt, ein Ganzes, welches wir nicht machen, sondern uns aneignen, in welches wir hineinwachsen. Allenthalben im Organischen gehöre zusammen Wirkendes und Begriff, Reales und Ideales. Das Wesen organischer Entwicklung bedinge, daß die Erhaltung nicht ohne Erneuerung und Erweiterung geschieht, und daß jedes Prinzip, dem Saamen gleich, welcher sich in sich verschließt, bis er den äußeren Bedingungen seines Keimens und Wachsens zurückgegeben wird, solcher anregenden Elemente von Außen bedarf, welche seiner Natur gemäß sind. Ebenso betrachtet Ahrens,[58]) der zwischen natürlichen und ethischen Organismen geschieden wissen will, den ethischen Organismus als den allein kongruenten Ausdruck für jede innere Gliederung des natürlichen wie des geistig-sittlichen Lebens in einem einheitlichen Ganzen. Möglichste Individualisirung, Gebundenheit, Wechselbedingtheit und Wechselwirkung aller Theile unter einander und durch das Ganze zeigen das Gesetz, daß das Eine über dem Vielen, das Ganze über den Theilen und keine bloße Summe der Theile ist, und daß alle Theile, ungeachtet ihrer relativen Selbständigkeit, nach dem Karakter des Ganzen bestimmt sind.

---

[57]) Naturrecht, 2. Aufl. S. 196, 197, 62, 131, 333, 326, 75, 193.

[58]) Rechtsphilosophie, 6. Aufl. Band 1 S. VI, 176, 258, 267, 275, Band 2 S. 9.

Ahrens nimmt auch das Wort Kant's auf, daß während im Mechanismus Alles als Mittel für einen bestimmten Zweck berechnet, im Organismus Alles Zweck und Mittel zugleich, Alles für sich und für das Andere ist.

Es sind das unzweifelhaft tiefe und klare Einblicke in das Wesen des Rechts und geradezu die Voraussetzungen jeder gehaltvolleren Rechtsauffassung. Es dürfen aber auch die scharfen Grenzen zwischen allen natürlichen und diesen sogenannten ethischen Organismen nicht verwischt werden.

Wenn sich auch in der Wissenschaft des Rechts wie in der Natur die Theorie nach der Vernunft der Dinge richten muß, so ist doch in der Rechtswissenschaft auch die Theorie sehr wohl fähig, die Dinge zu bilden und umzubilden.[59]) Die Rechts- und Staatslehre hat es zum Theil mit einem noch garnicht vorhandenen Stoff zu thun, mit Recht und Staat, wie die Menschen Beides gestalten sollen, sagt kein Anderer als Stahl,[60]) indem er die Grenze zwischen Naturlehre und Rechtslehre zeigt und darauf hinweist, daß die Gesetzgebung auch den Beruf habe, künftige Lebensbeziehungen mittels Rechtsinstitutionen schöpferisch und divinirend hervorzurufen. Wirke die Natur auch harmonischer als die Reflexion, so habe die Gesetzgebung vor dem Gewohnheitsrecht den Vorzug der Freiheit, der größeren Kraft der Korrektur und Direktion.[61]) Idee und Form des Rechts, Seele und Leib nach Ahrens, gehen oft genug auseinander; und dennoch dauern die Formen.

Hier überall hört die Parallele zwischen natürlichen und rechtlichen Organismen auf. Es fällt daher nicht auf, daß Juristen, welche den Werth dieses Bildes hoch halten, in den Rechtsinstituten zwischen Mechanismen und Organismen geschieden wissen wollen. Auch das aber liegt in der Logik der Sache, daß diese Juristen wieder es unterlassen, diese Grenze durch das ganze Gebiet des Rechts zu ziehen.[62]) Diese Grenze wäre in der That willkürlicher als das Bild.

Faßt man die Darwinistische Weltanschauung in ihrer allgemeinsten Allgemeinheit als die in den Kräften der Welt angelegte

---

[59]) Trendelenburg a. a. O. S. 4.

[60]) in der Einleitung zur Staats- und Rechtslehre, § 2.

[61]) Band 2 Abth. 1 S. 242.

[62]) Leist, dogmatische Analyse römischer Rechtsinstitute, S. 119 ff.

Idee einer aufsteigenden Entwicklung in Natur- und Menschengeschichte und das Recht allgemein als ein Naturerzeugniß des menschlichen Geistes, so braucht sich die Rechtswissenschaft vor dem Darwinismus nicht zu verschließen. In diesem Sinn mag auch von einer juristischen Evolutionstheorie sprechen, wer das geschmackvoll findet. Die Menschen würden aber ihr Recht aufgeben, wenn sie das Bildungsgesetz desselben in einer bloßen Naturnothwendigkeit sehen wollten.

Wir schließen mit den Worten eines gottesfürchtigen Theologen.[63]) „Was im Ganzen und Großen dabei herauskommt, wenn man einseitig das göttliche Walten auf Kosten der menschlichen Thätigkeit hervorhebt, das zeigt der Muhamedanismus."

---

## 6.

## Der Einwand der unzulässigen Klageänderung nach dem neuen Prozeßrechte in formeller Beziehung.

Von Herrn Landrichter **Albert Westerburg** in Duisburg.

---

In dem sonst sehr verdienstvollen Aufsatze von **Meyer** „der Prozeßgang nach der Civilprozeßordnung, an einem Rechtsfalle dargestellt" (Gruchot's Beiträge von 1878 S. 1 ff.) findet sich auf Seite 7 folgender Passus, der zu erheblichen Bedenken Anlaß giebt:

B. Ich bringe zunächst als prozeßhindernde Einrede die Einrede der unzulässigen Klageänderung vor.[9]) Der schriftlichen Klage liegt ein in einer Summe hingegebenes Darlehn zu Grunde, jetzt sollen nur 200 Mark baar hingegeben sein.

Vorsitzender (nach Rücksprache mit den Beisitzern.[10]) Es wird angeordnet, daß über diese Einrede abgesondert verhandelt wird.

A. Ich bitte, die Einrede zu verwerfen, in der schriftlichen Klage ist nur behauptet: (liest es vor), also ist es nach § 240 Nr. 1 C.P.O. keine Klageänderung.

Vorsitzender: Das Gericht wird Beschluß fassen.

(Nach Berathung mit den Mitgliedern): Das Urtheil[1]) geht dahin (liest[2]): Es wird die Einrede der Klageänderung verworfen.

A. u. B. Wir verzichten auf Ausfertigung dieses Urtheils.[3])

---

[63]) **Hengstenberg**, bei Hendewerk, Unterhaltungen mit Herbart, S. 25.

[9]) §§ 235 Nr. 3, 247 Nr. 3.

[10]) Das Gericht, nicht der Vorsitzende, hat die Anordnung zu treffen (§ 248).

[1]) § 248.

[2]) § 282.

[3]) Die Bestimmungen über Ausfertigung der Urtheile (§ 284 ff.) gelten für

Meyer geht hierbei, wie namentlich die Allegate in den abgedruckten Noten ergeben, von folgenden Grundsätzen aus:

1) Die Einrede der unzulässigen Klageänderung ist eine prozeßhindernde Einrede überhaupt und speziell diejenige der Rechtshängigkeit (§ 247 Nr. 3).
2) Ueber diese Einrede ist, wenn der Verklagte auf Grund derselben die Verhandlung zur Hauptsache weigert, oder wenn das Gericht die abgesonderte Verhandlung darüber anordnet (§ 248), durch Zwischenurtheil[1]) zu entscheiden.

Beide Grundsätze sind gleich falsch, und da die angeregte Frage von einiger Bedeutung ist, so wird eine eingehende Erörterung derselben für die Leser dieser Zeitschrift nicht ohne Interesse sein.

## I. Rechtliche Natur des Einwandes der unzulässigen Klageänderung.

Zur Orientirung mag Folgendes vorausgeschickt werden:

Gerade weil die C.P.O. in Folge der Grundmaxime der Mündlichkeit und des Entfallens der Eventualmaxime (vgl. von Bülow bei Gruchot Jahrg. 1878 S. 98 ff.) den Parteien die freieste Gestaltung des Prozesses anheimgiebt, mußte sie andererseits um so mehr darauf halten, daß jeder Prozeß durch die Klageschrift, welche ebendaher nicht bloß vorbereitender Schriftsatz, sondern gleichzeitig essentiell und grundlegend ist, seine bestimmte Individualität erhält. Andernfalls würden konfuse Advokaten durch fortwährende Klageänderungen, Nachbringungen oder Substitutionen von neuen Klageanträgen, Nachbringung von neuen Klagefundamenten u. dgl. ein wahres pêle-mêle von Allem und Jedem in einem Prozesse zu Wege bringen können. Die C.P.O. hat daher den Grundsatz aufgestellt, daß eine Klageänderung regelmäßig unstatthaft sein soll: und zwar in zweiter Instanz ausnahmslos (§ 489), in erster In-

---

alle Urtheile, auch Theil- und Zwischenurtheile. In der Hannover'schen Praxis hielt man einen Verzicht auf besondere Ausfertigung eines Urtheils für zulässig, und hier werden Parteien es um so unbedenklicher thun können, als die hier getroffene Entscheidung nach § 242 unanfechtbar ist. Sonst müßte ein ordentliches Urtheil abgefaßt werden.

[1]) Auch von Bülow, Civilprozeßordnung, hält zu § 241 ein Zwischenurtheil hier wenigstens für möglich und angezeigt.

stanz beim Widerspruch des Verklagten. Um jedoch andererseits nicht allzu rigoristisch zu werden, ist ferner verordnet,

1) daß unter Klageänderung nur eine wirkliche Aenderung des Klageantrags oder des Klagegrundes zu verstehen ist, während Ergänzungen, Berichtigungen, Erweiterungen u. s. w. nicht als solche zu betrachten sind (§ 240),
2) daß (in erster Instanz, in zweiter Instanz kann davon keine Rede sein) eine Einwilligung des Verklagten fingirt wird, wenn er auch bei wirklicher Aenderung sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat, ohne der Aenderung zu widersprechen (§ 241),
3) daß eine Anfechtung der Entscheidung, wonach eine Aenderung der Klage nicht vorliege, nicht stattfindet (§ 242) — dieser letztere § ist erst durch die Justiz-Kommission des Reichstags eingefügt und bezeichnet den weitgehendsten Erfolg der Ansicht, welche die Klageänderung in liberaler Weise begünstigt haben wollte.

Es ist hiernach soviel sicher: Der Verklagte muß in erster Instanz, sobald die Klage geändert wird, hiergegen protestiren, ehe er sich auf die abgeänderte Klage selbst in eine mündliche Verhandlung einläßt. Protestirt er nicht, so gilt er als einwilligend, und von Amtswegen darf die Klageänderung in erster Instanz nicht beanstandet werden.

Meyer und neben ihm auch Andere (z.-B. Bolgiano in Busch's Zeitschr. für deutsch. Civilprozeß Bd. I. S. 47 ff.) fassen nun diesen Protest oder wenn man lieber will Einwand — das Gesetz braucht die Worte: „ohne der Aenderung zu widersprechen" — als prozeßhindernde Einrede auf.

Die Konsequenz davon wäre dann allerdings:

1) daß der Verklagte auf Grund dieses Einwandes die Verhandlung zur Hauptsache weigern und zunächst eine Entscheidung hierüber verlangen könnte,
2) daß das Gericht in diesem Fall (1) durch Urtheil nach § 248 erkennen müßte, ob eine Klageänderung vorliege oder nicht,
3) daß das Gericht auch, abgesehen von dem Fall sub 1, ein derartiges Urtheil erlassen müßte, wenn es auf Antrag (etwa des Klägers) oder von Amtswegen die abgesonderte Verhandlung über jene Frage der Klageänderung angeordnet hätte (§ 248).
4) Dieses Urtheil stände ganz unter den Regeln des § 248; es

wäre in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen, und nur die Besonderheit wäre vorhanden, daß das Urtheil, falls es den Einwand der Klageänderung verwürfe, nach § 242 inappellabel wäre.

Alle diese Folgesätze fallen dagegen weg, wenn der Protest gegen die Klageänderung nicht als prozeßhindernde Einrede aufzufassen ist. Und das ist er gewiß nicht.

Als prozeßhindernde Einreden sind „nur" anzusehen, wie es in § 247 ausdrücklich heißt, die sechs dort aufgeführten Einreden, worunter eine Einrede der Klageänderung nicht enthalten ist. Es ist nach dem Wortlaute von § 247 („nur" — grammatische Interpretation) und nach der exzeptionellen Natur der prozeßhindernden Einreden (logische Interpretation) absolut unzulässig, das Verzeichniß des § 247 irgendwie auszudehnen. Wenn dies freilich z. B. Bolgiano a. a. O. in dem Maße gethan hat, daß er sogar die gespenstige und chikanöse exceptio libelli obscuri, diesen wahren groben Unfug des gemeinrechtlichen Prozesses, und die mittelalterliche exceptio spolii aus der Rumpelkammer hervorgesucht hat und als prozeßhindernde Einreden statuiren will: so zeigt dies nur, wie unfähig manche Theoretiker sind, moderne Legislationen richtig zu verstehen (vgl. gegen Bolgiano auch Reuling in Heymanns Kritischem Literaturblatt 1879 S. 23.)

Nun sucht freilich Meyer den Einwand der Klageänderung doch auf dem Wege unter die prozeßhindernden Einreden zu bringen, daß er ihn mit einer der als solche in § 247 zugelassenen Einreden identifizirt, nämlich mit der Einrede der Rechtshängigkeit (§ 247 Nr. 3), welche selbstverständlich auch allein in Betracht kommen könnte (die übrigen Einreden des § 247 sind die der Inkompetenz, Unzulässigkeit des Rechtswegs, mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten, noch nicht erfolgten Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens, mangelnden Prozeßfähigkeit oder gesetzlichen Vertretung.) Es ist aber klar, daß der Einwand der unzulässigen Klageänderung und derjenige der Rechtshängigkeit toto capite verschieden sind. Der Einwand der Rechtshängigkeit hat nämlich den Sinn, daß sich der Verklagte gegen den Klageanspruch darauf beruft, daß derselbe Klageanspruch bereits in einer anderen Klage erhoben und dadurch in jenem anderen Prozesse anhängig sei; er will, gerade wie die exceptio rei judicatae, nur in einem früheren Stadium, das „ne

bis de eadem re" verwirklichen, nämlich das gleichzeitige bis, während die exceptio rei judicatae das bis nacheinander verwehrt; er hat daher, wie die exceptio rei judicatae, die Identität der beiden Ansprüche zur Voraussetzung. Der Einwand der Klageänderung setzt dagegen gerade die Verschiedenheit beider Ansprüche voraus; er will verhindern, daß statt des früheren Klageanspruchs jetzt ein anderer substituirt wird; er hat mit der Einrede der Rechtshängigkeit Nichts zu schaffen. Daß auch das Gesetz selbst die Einrede der Rechtshängigkeit und den Protest gegen die Klageänderung als etwas ganz und gar Verschiedenes auffaßt, ergiebt sich aus § 235, wo es heißt:

„Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet.

Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen:

1) wenn während der Dauer der Rechtshängigkeit von einer Partei die Streitsache anderweit anhängig gemacht wird, so kann der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben.

— — — — — — — — — — — — —

3) Der Kläger ist nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Beklagten die Klage zu ändern."

Nach Allem ist zweifellos der Einwand der Klageänderung keine prozeßhindernde Einrede im Sinne der C.P.O. Hieraus folgt, daß der Einwand prozessualisch wie jeder andere Einwand zu behandeln ist, also namentlich nicht den Verklagten berechtigt, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern. Er muß nur vor dieser Verhandlung den Einwand anbringen, um nicht als einwilligend zu gelten, aber er hat die Pflicht, gleichzeitig sich zur Sache zu erklären und zu verhandeln.

Allerdings läßt sich nicht verkennen, daß der Einwand der Klageänderung seinem materiellen Inhalte nach von den eigentlichen sachdienlichen Einreden sehr verschieden ist und viel mehr Verwandtschaft mit denjenigen Einreden hat, die in § 247 als prozeßhindernd rezipirt sind. Wie diese wendet auch er sich nicht gegen den materiellen Klageanspruch selbst, sondern nur gegen dessen prozessualische Zulässigkeit; er bezweckt keineswegs, daß der Klageanspruch untersucht und auf Grund der Untersuchung dem Kläger sachlich aberkannt wird, sondern er will überhaupt die richterliche Prüfung ausschließen; er bestreitet die Pflicht zur Einlassung, eine Prozeßvoraussetzung (Wetzell 3. Auflage S. 136 ff., Bülow, die

Prozeßvoraussetzungen). Ferner: Während alle wirklichen Einreden, seien sie rechtshindernde, rechtsvernichtende oder rechtsausschließende (römische Exzeptionen), auf Thatsachen beruhen, ist der Einwand der Klageänderung nur eine Rechtsdeduktion, die überhaupt nur wegen des Präjudizes des § 241 nöthig ist, abgesehen davon aber ganz wegfallen dürfte, wie denn auch in zweiter Instanz der Richter von Amtswegen diesen Punkt berücksichtigen muß. Endlich: Während wirkliche Sacheinreden regelmäßig eine Aberkennung des Klageanspruchs, also eine definitive Abweisung der Klage, (sei es auch nur — im Fall einer sachdilatorischen Einrede — auf Zeit) bezwecken, führt der Einwand der Klageänderung, wenn er begründet befunden wird, nur zur Abweisung in angebrachter Art und begründet daher keine exceptio rei judicatae (§ 293), vgl. Westerburg, die Abweisung in angebrachter Art, Brilon 1874, und die Abhandlung Nr. 7 dieses Heftes.

Vom rein logischen Gesichtspunkt aus hätte man daher den Einwand der unzuläßigen Klageänderung allerdings unter die sog. prozeßhindernden Einreden aufnehmen müssen; es hätte hieran auch der Umstand nicht hindern können, daß dieser Einwand vielfach erst inmitten des eigentlichen Prozesses, vielleicht nach der Beweisaufnahme, veranlaßt wird; denn es kann dies ausnahmsweise auch bei wirklichen prozeßhindernden Einreden, z. B. derjenigen der sachlichen Inkompetenz, vorkommen (§ 467). Aber von demselben rein logischen Gesichtspunkte aus hätte man freilich auch jeden Einwand gegen die Begründung der Klage in der angebrachten Art, also namentlich die sog. exceptio libelli obscuri oder inepti, als prozeßhindernd gelten lassen müssen. Das wollte man aber eben aus guten Gründen nicht thun. Man hat daher nur bestimmte Einwendungen gegen das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen positiv zu prozeßhindernden Einreden gemacht. Alle prozeßhindernden Einreden bestreiten die Prozeßvoraussetzungen; aber keineswegs sind alle nur die Prozeßvoraussetzungen bestreitenden Einreden prozeßhindernd.

Es ist aber andererseits daran festzuhalten, daß der Einwand der Klageänderung keine materielle Einrede ist, die als solche ja immer auf Thatsachen beruht (auch die Einrede der Verjährung z. B. beruht auf der Thatsache des Zeitablaufs) und niemals von Amtswegen berücksichtigt werden darf. Der Einwand der Klageänderung ist vielmehr lediglich eine Rechtsdeduktion, die ebendaher in zweiter

und dritter Instanz ohne Schaden ganz wegbleiben kann, da sie von Amtswegen zu berücksichtigen ist und die nur für die erste Instanz nothwendig ist wegen der rein positiven und auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhenden Vorschrift des § 241.[2]) Dieser Karakter ist namentlich entscheidend für die Frage, ob über den Einwand der Klageänderung durch Zwischenurtheil entschieden werden kann.

## II. Richterliche Entscheidung auf den Einwand der Klageänderung.

Findet das Gericht in der That, daß eine Klageänderung vorliegt, und hat weiter — diese Voraussetzung gilt aber nur für die erste Instanz — der Verklagte dagegen protestirt: so muß das Gericht selbstverständlich Endurtheil erlassen, da ja die Sache für es zur Endentscheidung reif ist. Dieses Endurtheil muß die Klage in angebrachter Art abweisen; denn das Gericht ist nicht fähig, über den vorgebrachten sachlichen Anspruch selbst definitiv zu entscheiden, ihn zu- oder abzuerkennen, sondern es muß wegen Mangels der Prozeßvoraussetzung eines in einer schriftlichen Klage (§ 230) zur richterlichen Entscheidung gebrachten begründeten Klageanspruchs (da der in der schriftlichen Klage erhobene Anspruch fallen gelassen und der substituirte nicht in der Klageschrift erhoben ist) sein Urtheil weigern, i. e. die Klage in angebrachter Art abweisen.[3])

Wie aber, wenn der Richter den Einwand der Klageänderung für unbegründet hält?

---

[2]) Auch die Vorschrift des § 242 gilt m. E. nur für die erste Instanz. Läßt das Oberlandesgericht als Berufungsgericht eine wirkliche Klageänderung zu, so ist m. E. hiergegen das Rechtsmittel der Revision zulässig, falls dessen Voraussetzungen im Uebrigen vorliegen. Freilich nicht unzweifelhaft wegen der allgemeinen Fassung von § 485.

[3]) Wie die Kommentatoren, die der Ansicht sind, daß die Abweisung in angebrachter Art durch die C.P.O. beseitigt sei, in allen derartigen Fällen verfahren wollen, ist mir nicht erfindlich. Für den Sachverständigen ist diese Urtheilsart vielmehr gerade durch § 293 C.P.O. vorgeschrieben; man muß nur diesen Paragraphen zu verstehen wissen. Durch das Fragerecht des Richters, das sich innerhalb der Verhandlungsmaxime zu bewegen hat, dürfen und können selbstverständlich nur grobe Fälle von Gleichgültigkeit, Nachlässigkeit u. dergl. bei der Klagebegründung ausgeschlossen werden. Sehr oft wird der klägerische Anwalt eben gerade den eingeschlagenen Weg der Klagebegründung versuchen wollen. Und wie will man es halten bei Häufung von unvereinbaren Klageansprüchen (z. B. Minderungs- und Wandelungsklage) u. dergl. mehr??

Daß er alsdann kein Zwischenurtheil des Inhalts, daß keine Klageänderung vorliege, erlassen muß, folgt aus dem sub I Ausgeführten. Denn nur das Zwischenurtheil des § 248 über prozeßhindernde Einreden ist obligatorisch, und der Einwand der Klageänderung ist keine prozeßhindernde Einrede. Es fragt sich daher nur, ob er ein Zwischenurtheil des gedachten Inhalts erlassen kann. Damit hängt die Frage zusammen, in wieweit über den Einwand der Klageänderung abgesondert verhandelt werden kann. Beide Fragen sind nicht so einfacher Natur, als es auf den ersten Blick scheinen könnte.

Ein Zwischenurtheil zwischen den Parteien kann, abgesehen von den Fällen des § 248 und 276 (welche beide Fälle man nur sehr uneigentlich als Zwischenurtheile bezeichnen kann, da sie in Wahrheit mehr Endurtheile über einen bestimmten Theil des Rechtsstreites sind, daher auch der selbständigen Berufung und Revision unterliegen) nach § 275 nur erlassen werden:

1) wenn ein Zwischenstreit (Inzidentstreit) zwischen den Parteien,
2) wenn ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zur Entscheidung reif ist.

Ueber den Inhalt und die Begrenzung beider Kategorien darf ich im Allgemeinen auf die Ausführungen v. Bülows in dessen Glossen (Jahrgang 1878 dieser Zeitschrift) verweisen. Wie v. Bülow hier nachweist, sind (S. 815 a. a. O.)

1) Zwischenstreitigkeiten zwischen den Parteien schwer positiv, dagegen jedenfalls negativ dahin zu definiren: daß sie weder den Anspruch selbst, noch ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zum Gegenstand haben dürfen. Da nun der Einwand der Klageänderung unzweifelhaft in unmittelbarster Weise den Klageanspruch selbst betrifft, dessen Abweisung angebrachter Maßen er intendirt, so läßt er sich jedenfalls nicht unter die Rubrik eines Zwischenstreits zwischen den Parteien bringen. — Es fragt sich daher nur,
2) ob der Einwand der Klageänderung etwa unter den Gesichtspunkt eines selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels gebracht werden kann.

Nun sind aber als solche selbständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel im Sinn des Gesetzes nur selbständige Klagegründe,

Widerklagegründe, Einreden, Repliken und Dupliken aufzufassen (§§ 137, 251, v. Bülow, S. 810 ff.). Es wird also immer ein Theil des Thatsachen-Materials, und zwar ein selbständiger Theil derselben, vorausgesetzt; ein ganzer Klagegrund, eine ganze Einrede u. dergl. muß spruchreif sein. Ueber einzelne Bestandtheile eines Klagegrundes oder einer Einrede (z. B. Aktivlegitimation u. s. w.; Bestellung — Absendung — Preisvereinbarung u. dergl.) darf kein Zwischenurtheil gefällt werden, ebensowenig über eine einzelne Rechtsfrage. Wäre dies zulässig, so könnten in jedem Prozesse unendliche Zwischenurtheile erlassen werden, der ganze Prozeß würde sich dadurch vielfach in eine Unzahl theoretischer Einzelentscheidungen verlieren.

Wie wir oben gesehen, ist der Einwand der Klageänderung keine Einrede; er ist es nicht, weil er jedes thatsächlichen Körpers entbehrt und daher in den höheren Instanzen von Amtswegen berücksichtigt werden muß; er ist nur eine Rechtsdeduktion und daneben in erster Instanz eine Protestation im civilrechtlichen Sinne.

Mithin könnte die Entscheidung, wodurch der Einwand der unzulässigen Klageänderung verworfen wird, nur noch als Entscheidung über den Klagegrund in Betracht kommen, und dies ist sie ja auch offenbar, indem sie die prozessualische Zulässigkeit des Klagegrundes oder Klageantrags feststellt. Ihre juristische Bedeutung ist nicht negativer, sondern positiver Natur und liegt eben in der Zulassung des Klagegrundes. Wie wir aber oben gesehen, kann ein Zwischenurtheil nur über den ganzen Klagegrund, nicht über eine einzelne That- oder Rechtsfrage desselben ergehen. Es ist also z. B. unzulässig, die Frage, ob die Klage an sich fundata ist, durch Zwischenurtheil zu bejahen, wenn nicht gleichzeitig festgestellt wird, daß sie auch probata ist; es widerspräche durchaus dem § 275, etwa durch Zwischenurtheil festzustellen, daß die Klage an sich begründet sei, weil in concreto das Handelsgesetzbuch anwendbar und daher die Formlosigkeit des der Klage zu Grunde liegenden Vertrags unschädlich sei, und dann gleichzeitig durch Beweisbeschluß den bestrittenen mündlichen Abschluß des Vertrags festzustellen. Vielmehr muß erst dieses Beweisverfahren stattfinden und kann dann erst, wenn der ganze Klagegrund spruchreif ist, derselbe durch Zwischenurtheil als festgestellt deklarirt werden. Ferner wäre es ebenfalls unzulässig, etwa durch Zwischenurtheil festzustellen, daß die vorliegende Klage

hinreichend substanziirt, also in angebrachter Art begründet sei, wenn der Klagegrund ganz oder theilweise faktisch bestritten wäre. Aus denselben Gründen ist dann auch ein Zwischenurtheil des Inhalts, daß der Klagegrund prozessualisch zulässig, d. h. daß der Einwand der Klageänderung zu verwerfen, entschieden ausgeschlossen. Diese materielle Entscheidung darf vielmehr nur einen Entscheidungsgrund des demnächstigen End- oder Zwischenurtheils (über den ganzen Klagegrund) bilden.[4])

Hieran schließt sich von selbst die Beantwortung der Frage, inwiefern über den Einwand der Klageänderung abgesondert verhandelt werden kann (daß nicht abgesondert verhandelt zu werden braucht, ergiebt sich daraus, daß der Einwand der Klageänderung keine prozeßhindernde Einrede ist). Abgesonderte Verhandlung kann das Gericht (auf Antrag oder von Amtswegen) anordnen über ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, also einen Klagegrund, eine Einrede u. dergl. (§ 137), nicht aber über eine einzelne That- oder Rechtsfrage, wenn dieselbe nicht etwa das Substrat eines Zwischenstreites bildet. Es ergiebt sich daraus, daß bloß über den Einwand der unzulässigen Klageänderung allein keine abgesonderte Verhandlung nach § 137 angeordnet werden darf, wohl aber in Folge dieses Einwandes über den betreffenden Klagegrund, bei dem der Einwand erhoben wird. Ob das Gericht in dieser Weise eine abgesonderte Verhandlung über den betreffenden Klagegrund stattfinden lassen will, hängt freilich ganz von seinem Ermessen ab und wird lediglich dadurch bedingt sein, ob der Einwand der Klageänderung nicht von vornherein ganz unbegründet erscheint. Hat aber auch eine abgesonderte Verhandlung stattgefunden, so ist doch demnächst das Gericht keineswegs gebunden, nun auch ein Zwischenurtheil zu erlassen; denn die Erlassung eines solchen ist in den Fällen des § 275 und § 137 immer fakultativ. Es erscheint daher allerdings ganz zweckmäßig, in Folge eines Einwandes der Klageänderung, wenn derselbe nicht prima vista ganz unbegründet ist, eine abgesonderte Verhandlung über den Klagegrund nach § 137 zu beschließen; entscheidet sich das Gericht später bei der Berathung dafür, daß keine Klageänderung anzunehmen sei, so kann es ja sofort

[4]) § 242 bildet mithin eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 293, daß regelmäßig die Entscheidungsgründe nicht rechtskräftig werden sollen.

nach § 141 die angeordnete Absonderung wieder aufheben und beschließen, daß zur ganzen Sache zu verhandeln sei.

Mithin muß es in dem Meyer'schen Beispiel etwa so gehalten werden:

„B. Ich protestire zunächst gegen die Klageänderung und beantrage, die Klage in angebrachter Art abzuweisen. (Uebergiebt desfallsigen schriftlichen Antrag.) Der schriftlichen Klage liegt ein in einer Summe hingegebenes Darlehn zu Grunde, jetzt sollen nur 200 Mark baar hingegeben sein. Ich stelle anheim, ob über den Klagegrund zunächst abgesondert verhandelt werden soll.

A. Ich bitte den Einwand und demgemäß den Antrag auf Abweisung in angebrachter Art zu verwerfen. Mit Rücksicht auf die bekannten civilrechtlichen Grundsätze über die Art der Darlehnshingabe und § 240 Nr. 1 C.P.O. liegt keine Klageänderung vor. Ich halte daher auch eine abgesonderte Verhandlung für überflüssig, gebe übrigens dies ganz dem Gericht anheim.

Vorsitzender (nach Rücksprache mit den Beisitzern oder auch nach Berathung mit denselben im Berathungszimmer)
entweder:

Das Gericht beschließt, ohne abgesonderte Verhandlung zur ganzen Hauptsache weiter zu verhandeln,

(damit ist bereits implicite der Einwand der Klageänderung verworfen)

oder:

Das Gericht beschließt, zunächst abgesondert über den Klagegrund zu verhandeln. In letzterem Fall würde dann die Sache etwa so weiter gehen:

B. Der § 240 Nr. 1 findet keine Anwendung, weil es sich hier nicht um Ergänzung oder Berichtigung desselben Klagegrundes handelt, sondern weil in Betreff der 400 Mk. ein ganz anderer Klagegrund, nämlich Novation, eingeführt wird. Zur Sache bestreite ich übrigens auch das neue Vorbringen, es hat keine derartige Berechnung stattgefunden, sondern es fanden nur Verhandlungen statt, die zu keinem Resultate führten.

A. Das Letztere ist nicht wahr, ich beharre bei meiner Angabe und benenne noch als Zeugen 2c.

Vorsitzender: Das Gericht wird Beschluß fassen.

(Nach Berathung mit den Beisitzern):

Das Gericht beschließt, unter Wiederaufhebung der Absonderung zur ganzen Hauptsache weiter zu verhandeln.

[Würde der Einwand für begründet befunden: Es ist für Recht erkannt, daß die Klage bezüglich der 400 Mark in angebrachter Art abzuweisen. (Theilurtheil). Im Uebrigen soll zur ganzen Hauptsache weiter verhandelt werden]".

Ein Zwischenurtheil, wodurch die Einrede der Klageänderung verworfen wird, ist also nicht zu konstruiren. Es ist auch in der That praktisch ganz überflüssig, da ja in dem Beschlusse, zur Hauptsache weiter zu verhandeln, deutlichst die materielle Verwerfung ausgesprochen liegt und die Abfassung eines inappellablen Zwischenurtheils nur unnöthige Arbeit machen würde. Denn der Aushelf Meyer's, die Anwälte auf Ausarbeitung des Zwischenurtheils verzichten zu lassen, scheint mir unzulässig; die Vorschrift, daß alle Urtheile, auch alle Zwischenurtheile, mit Thatbestand, Gründen, Formel u. s. w. abgefaßt werden müssen, ist publici juris und es darf daher m. E. nicht darauf verzichtet werden können. Der Hauptvortheil der Zwischenurtheile, daß dadurch ein wesentlicher Theil des thatsächlichen Materials ausgeschlossen und abgeschlossen wird, indem namentlich jetzt hier keine nova mehr vorgebracht werden können (§ 251 Abs. 1), fiele naturgemäß bei einem Zwischenurtheil, daß die Einrede der Klageänderung zu verwerfen, von selbst weg, da es sich ja hierbei nicht um Thatsachen und zukünftige nova, sondern nur um eine Rechtsfrage handelt. Der einzige praktische Vortheil des Zwischenurtheils läge also hier darin, daß das Gericht nicht etwa in Zukunft, namentlich bei anderer Zusammensetzung, auf den Einwand der Klageänderung zurückgreifen und noch etwa hinterher die Klage in angebrachter Art abweisen könnte (§ 289), und daß also auch der Verklagte später nicht mehr auf diese Frage bei seinen Deduktionen zu sprechen kommen würde. Das Letztere ließe sich indessen leicht ertragen, und die Gefahr, daß das Gericht nach vollständiger Instruktion, Beweiserhebung u. s. w. nochmals auf den Einwand der Klageänderung zurück kommen sollte, ist bei praktischen und verständigen Richtern wohl eine sehr geringe. Nach Allem würde sich also ein Zwischenurtheil der gedachten Art nicht einmal empfehlen, selbst wenn es zulässig wäre.

Wenn wir resumiren, haben wir gefunden, daß ein Zwischenurtheil, wodurch die Einrede der Klageänderung verworfen wird,

1) weder vorgeschrieben,
2) noch zulässig,
3) noch auch nur räthlich vom praktischen Standpunkt ist.

Vielmehr hat das Gericht diese materielle Entscheidung in dem Beschlusse: „zur Hauptsache weiter zu verhandeln“ zu verkörpern und sie erst in dem endlichen End-, Theil- oder auch Zwischenurtheil (über den ganzen Klagegrund) als materiellen Entscheidungsgrund (der ausnahmsweise unanfechtbar ist, § 242) aufzunehmen.

Es erübrigt noch die letzte Frage:

Wenn nun gleichwohl — freilich inkorrekter Weise — ein Zwischenurtheil des gedachten Inhalts erlassen wird: hat dasselbe die Wirkung eines echten Zwischenurtheils, ist also das Gericht bei seinem späteren Endurtheil hieran gebunden (§ 289), oder muß man sagen: es liegt wegen mangelnder Voraussetzungen des § 275 überhaupt gar kein wahres, sondern nur ein Schein-Zwischenurtheil vor, das deshalb auch nicht weiter zu respektiren ist?

Die Frage ist eine wichtige, — nicht sowohl in ihrer Anwendung auf die Einrede der Klageänderung, denn hier wird sie bei praktischen Richtern selten praktisch werden — sondern in ihrer Allgemeinheit in Betreff der Zwischenurtheile überhaupt. Denn es läßt sich voraus sehen, daß sehr häufig der § 275 unrichtig verstanden und unrichtig angewandt werden wird, indem man, wozu ja oft die Gelegenheit und Versuchung so nahe liegen, Zwischenurtheile über einzelne Bestandtheile eines Klagegrundes oder einer Einrede oder gar über einzelne entscheidende Rechtsfragen erlassen wird, während, wie wir eben gesehen, dies unzulässig ist und nur über vollständige selbständige Klagegründe, Einreden, Widerklagegründe, Repliken u. s. w. Zwischenurtheil erlassen werden darf. Der theoretische Fehler wird sich dann bei der Endentscheidung oft sehr derb und handgreiflich bemerklich machen; es wird sich dann oft zeigen, daß man derartige Zersplitterungen eines Ganzen nicht ungestraft vornimmt und es wird für den Richter, der schließlich das Endurtheil zu sprechen hat, sehr oft die Frage nahetreten, ob er denn an ein solches zu Unrecht erlassenes Zwischenurtheil wirklich gebunden sei?

Ich glaube aber, er muß sich in das Unabänderliche fügen, so sehr es ihm in concreto auch widerstrebt. Man kann m. E. nicht argumentiren, daß ein Zwischenurtheil, das überhaupt nicht hätte

ergehen dürfen, nun auch rechtlich als gar kein Zwischenurtheil, sondern gleichsam als sententia nulla, als Scheinexistenz, zu betrachten sei. Das kann man m. E. bei einem Zwischenurtheil ebensowenig sagen, als bei einem zu Unrecht ergangenen Theil- oder Endurtheil. Das Urtheil, auch das Zwischenurtheil, ist einmal in der Welt; es besteht formell in Kraft; und es muß daher von dem späteren Richter in derselben Instanz nach § 289 respektirt werden. So meine Ansicht; ich gebe zu, daß auch Gegenargumente geltend gemacht werden können, die aber m. E. alle nur scheinbar treffen; die erschöpfende Behandlung der Frage muß einer anderen Stelle vorbehalten bleiben.

Ist also einmal, nach dem Meyer'schen Beispiele, ein Zwischenurtheil ergangen, daß die Einrede der Klageänderung zu verwerfen: so muß dies Urtheil allerdings in der Instanz aufrecht bleiben resp. bindet den späteren Richter derselben Instanz. Und würde derselbe etwa beim Endurtheil davon abgehen und den neuen Klagegrund verwerfen: so würde dagegen mit Recht die Berufung resp. die Revision wegen Verletzung des § 289 begründet sein. Das Urtheil wäre vom höheren Richter wegen Verletzung des § 289 umzustoßen und der betreffende Klagegrund für zuläßig zu erklären, selbst wenn der höhere Richter materiell das Vorhandensein einer Klageänderung bestätigen müßte. Denn an einer materiellen Reformation wäre er durch § 242 C.P.O. gehindert.

## III. Besondere Fälle.

1) Bei unseren bisherigen Betrachtungen sind wir von dem einfachen Beispiele Meyer's ausgegangen, wonach nur ein Klagefundament in Rede war und dieses nachträglich modifizirt ist. Wir fanden, daß auf den Einwand der Klageänderung, falls er begründet befunden wird, die Klage in angebrachter Art abgewiesen werden muß, falls er unbegründet befunden wird, aber keineswegs die Einrede der Klageänderung durch Zwischenurtheil zu verwerfen ist, sondern einfach beschlossen werden muß, zur Sache weiter zu verhandeln. Hiernach scheint es also, als ob der Einwand der Klageänderung überhaupt gar kein Zwischenurtheil veranlassen könne. Dies ist jedoch nicht richtig, sondern es ist ein Zwischenurtheil des Inhalts denkbar, daß der Einwand der Klageänderung für begründet befunden wird. Dies ist nämlich dann der Fall, wenn zur Begrün-

dung des nämlichen Petitums zwei oder mehr Klagegründe erhoben sind und einer davon verändert wird. Es kann dann kein Endurtheil ergehen, wodurch die ganze Klage in angebrachter Art abgewiesen wird, weil der andere, nicht geänderte Klagegrund nicht vorliegt; wohl aber kann nach § 275 ein Zwischenurtheil dahin erlassen werden, daß die Klage, insoweit sie sich auf den geänderten Klagegrund stützt, in angebrachter Art abzuweisen resp. hier der Einwand der Klageänderung für begründet zu erklären sei. Selbstverständlich wird aber hierbei vorausgesetzt, daß die beiden Klagegründe in eventueller Reihenfolge das ganze Petitum stützen, während im Fall objektiver Klagenhäufung (mehrere petita mit je einem Klagegrund) kein Zwischenurtheil, sondern Theilurtheil zu erlassen ist.

2) Sodann ist noch zu beachten, daß mit der Klageänderung gleichzeitig häufig auch eine theilweise Zurücknahme der Klage konkurriren kann. Und zwar wird dieselbe meistens nicht nur gleichzeitig konkurriren, sondern es wird in der Klageänderung eo ipso eine Zurücknahme der ursprünglichen Klage liegen, statt welcher nunmehr die neue Klage erhoben wird. Freilich kann dies nur bei der eigentlichen Klageänderung vorkommen, während bei der erlaubten uneigentlichen (§ 240), also wenn das Klagefundament nur ergänzt, der Klageantrag nur erweitert wird u. s. w., ja die nämliche eine ursprüngliche Klage aufrecht erhalten bleibt.

Ueber die Zurücknahme der Klage bestimmt der § 293 C.P.O. Abs. 1:

> „die Klage kann ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden."

Hiernach liegt der Zeitpunkt, bis wohin die Klage einseitig zurückgezogen werden kann, weit später, als derjenige, bis wohin sie geändert werden kann. Eine Aenderung ist gegen den Willen des Verklagten nur vor Zustellung der Klage zuläſſig, während eine Zurücknahme ohne seine Einwilligung auch noch nach der Zustellung der Klage, während des Schriftenwechsels und überhaupt so lange beliebig stattfinden darf, als nicht schon der Verklagte angefangen hat, zur Hauptsache[5]) mündlich zu verhandeln.

---

[5]) Das Vorschützen prozeßhindernder Einreden ist noch keine Verhandlung zur Hauptsache.

Somit kann z. B. im ersten Audienztermin, ehe der Verklagte noch begonnen hat, zur Hauptsache zu verhandeln, der Kläger einseitig die ganze Klage zurücknehmen; ebenso bis dahin selbstverständlich auch einen einzelnen Klagegrund. Wenn also hier Kläger, indem er die Klage ändert, die ursprüngliche Klage zurücknimmt, so kann der Verklagte zwar gegen die Klageänderung, d. h. gegen die Zulassung der geänderten neuen Klage, nicht aber gegen die gleichzeitige oder implicite erfolgte Zurücknahme der ursprünglichen Klage protestiren. Die Zurücknahme der Klage ist nicht mit dem Verzicht auf den Klageanspruch zu verwechseln; durch erstere wird die Klage nur prozessualisch zurückgezogen und kann jederzeit wieder aufgenommen werden.[6]) Ist also in einem solchen Falle die Klageänderung eine unzulässige, so genügt die Abweisung angebrachter Maßen als Formel für Beides, da ja durch sie weder der ursprünglichen noch der neuen Klage materiell präjudizirt wird. Will man ganz präzise sein, so muß man freilich auch hier unterscheiden und die Norm etwa dahin fassen: 1) daß es bei der Zurücknahme der Klage aus dem ursprünglichen Fundamente sein Bewenden zu behalten; 2) daß die Klage aus dem geänderten Fundamente in angebrachter Art abzuweisen. Wird gegen die Klageänderung nicht protestirt, so behält es bei der Zurücknahme der ursprünglichen Klage sein Bewenden und es wird über die neue Klage als nunmehr alleinige verhandelt und entschieden.

Hat hingegen schon die mündliche Verhandlung des Verklagten zur Hauptsache begonnen, so hat der Verklagte ein Recht darauf, daß das judicium coeptum durch Urtheil entschieden wird (judicio contrahitur). Es kann daher alsdann nur mit seiner positiven Einwilligung die Klage zurückgenommen werden. Dieser Fall tritt also namentlich bei allen späteren Terminen, speziell nach der Beweisaufnahme, ein. Wird hier eine unzulässige Klageänderung vorgenommen, gegen dieselbe protestirt und in die Zurücknahme der ursprünglichen Klage nicht eingewilligt,[7]) so muß die geänderte Klage

---

[6]) Wegen der Kosten vgl. § 243 Abs. 3 und 4.

[7]) Man beachte, daß die Klageänderung schon zulässig ist, wenn dagegen nicht protestirt wird, die Zurücknahme erst zulässig, wenn der Verklagte hierin einwilligt. Die Einwilligung muß also positiv sein. Doch ist damit nicht ausgeschlossen, daß sie nicht auch durch konkludente Handlungen, also stillschweigend,

in angebrachter Art abgewiesen werden, was alsbald durch Zwischenurtheil geschehen kann (vgl. Nr. 1), wogegen über die ursprüngliche, obgleich zurückgenommene Klage sachlich und kontradiktorisch entschieden werden muß.

Wird hingegen in diesem Zeitpunkt gegen die Klageänderung nicht protestirt, aber auch in die Zurücknahme der ursprünglichen Klage nicht eingewilligt,[8]) so muß sowohl über die ursprüngliche als über die neue Klage sachlich verhandelt und entschieden werden.

---

Nr. 7.

## Giebt es noch eine Abweisung in angebrachter Art?

Von Herrn Landrichter Albert Westerburg zu Duisburg.

---

§ 1.

In verschiedenen angesehenen Kommentaren zur Civilprozeßordnung wird gelehrt, das neue Prozeßrecht kenne gar keine Abweisung der Klage oder Widerklage in der angebrachten Art. Und zwar tritt diese Meinung bald in dem kategorischen Postulate auf, jene Urtheilsart sei durch die C.P.O. überhaupt grundsätzlich abgeschafft, oder sie erscheint wenigstens in der abgeschwächten Behauptung, die Abweisung angebrachter Maßen sei in Zukunft thatsächlich nicht mehr nothwendig, ja nicht mehr möglich, es sei keine Veranlassung dazu mehr denkbar.

So heißt es bei Wilmowski und Levy, S. 264:

„Eine Abweisung „angebrachter Maßen" kennt die C.P.O. nicht, auch ist ein praktisches Bedürfniß dafür nicht anzuerkennen. Eine nicht schlüssige, bez. nicht gehörig substanziirte Klage ist nach § 296 Abs. 2[1]) einfach abzuweisen. Der wirkliche, etwa bestehende

---

erfolgen kann, was quaestio facti ist. Das richterliche Fragerecht wird hier eine Rolle spielen.

[8]) Dieser Fall wird freilich seltener vorkommen, da in dem Nicht-Protest gegen die Klageänderung thatsächlich meist auch eine positive Einwilligung in die insoweite Zurücknahme der ursprünglichen Klage liegen wird. Doch braucht dies nicht immer der Fall zu sein.

[1]) § 296 C.P.O. lautet:

Beantragt der Kläger gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung

Klagegrund wird dadurch nicht konsumirt. Vgl. Entsch. Obertrib. Bd. 79 S. 11."

Ferner bei Struckmann und Koch, S. 98 (erste Auflage) in Note 3 zu § 130[2]):

„Durch das Wort „hat" (in § 130 Abs. 2), welches auf Beschluß der R.J.K. an die Stelle des in den Entwürfen stehenden „kann" gesetzt wurde, ist deutlich ausgedrückt, daß das Fragerecht nicht bloß ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Vorsitzenden ist. Demnach stellt sich, wenn von dem Fragerecht der volle, im Gesetz vorgesehene, Gebrauch gemacht wird, für die Zukunft die namentlich im gemeinrechtlichen Prozesse oft vorkommende Abweisung einer Klage „in angebrachtem Maße", „in angebrachter Art" u. s. w. wegen ungenügender Substanziirung als unmöglich dar. Denn der Vorsitzende bezw. das Gericht ist verpflichtet, vermöge des Fragerechts auf eine Ergänzung der ungenügenden Substanziirung durch die Partei hinzuwirken, und, wenn die letztere seiner Aufforderung nicht nachkommt, die Folgen der Nichtbeantwortung der Frage selbst zu beurtheilen."

Derselbe Gedanke kehrt in verschiedenen Variationen in populären Darstellungen des neuen Prozeßrechts wieder; die Beseitigung der „Abweisung in angebrachter Art" wird darin häufig als ein Hauptvorzug des neuen Rechts gefeiert.

An allem dem ist aber nur das Eine wahr, daß bei einer verständigen Anwendung des richterlichen Fragerechts (§ 130) allerdings die Nothwendigkeit, eine Klage in angebrachter Art abweisen zu müssen, vielfach ausgeschlossen werden kann und wird. Dagegen

---

nicht erschienenen Beklagten das Versäumnißurtheil, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzusehen.

Soweit dasselbe den Klageantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrag zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen.

[2]) § 130 C.P.O. lautet:

„Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden.

Der Vorsitzende hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.

Er hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen."

ist die Erwartung, dies werde in allen Fällen möglich sein, durchaus unbegründet, und falsch, wenn behauptet wird, daß die C.P.O. das Institut der Abweisung in angebrachter Art überhaupt grundsätzlich verwerfe.

Dies nachzuweisen, ist der Zweck des nachfolgenden Aufsatzes.

## § 2.

Die zu widerlegende Ansicht ist m. E. überhaupt nur möglich bei einer unrichtigen oder wenigstens schiefen, nicht zur völligen wissenschaftlichen Klarheit durchgedrungenen Auffassung des Wesens und der eigentlichen juristischen Natur der Abweisung angebrachter Maßen. Die Dogmengeschichte dieses einzelnen Instituts zeigt zur Evidenz, wie durchaus nothwendig es ist, überall die Grundbegriffe unserer Wissenschaft in dialektisch-konstruktiver Weise festzustellen. Derartige Untersuchungen machen demjenigen, der überall nur sogleich den praktischen Erfolg sehen will, allerdings oft den Eindruck bloß theoretischer Abstraktion oder gar Haarspalterei. Wer irgend weiter blickt, weiß, daß auf ihnen schließlich der ganze Aufbau unserer Wissenschaft beruht, und daß Unterlassungs- oder Begehungssünden, die auf diesem Gebiete begangen werden, sich mit der zwingenden Nothwendigkeit, die einmal dem Kausalitätsprinzip innewohnt, unfehlbar auch in den praktischen Resultaten rächen.[3]) Möchte man daher namentlich unter unseren Berufsgenossen sich abgewöhnen, auf solche Begriffsuntersuchungen mit dem überlegenen Lächeln der „Praxis“ herabzusehen! Was man so oft lediglich seinem praktischen Takt oder seinem gesunden Menschenverstand zu verdanken glaubt, ist doch zumeist nur kritiklos angenommene frühere Theorie; das „tamquam e vinculis sermocinantur“[4]) trifft hier durchaus zu.

Die Erkenntniß des Wesens der Abweisung angebrachter Maßen ist namentlich durch zwei äußerliche Umstände sehr erschwert worden: durch die unglückliche Namensähnlichkeit, wonach die Abweisung in angebrachter Art nur eine Modifikation der Abweisung schlechtweg zu sein scheint, sodann durch den praktischen Gesichtspunkt, daß bei beiden Urtheilsarten gleichmäßig der Kläger nicht reüssirt, sondern

---

[3]) „Die Methode einer Wissenschaft ist von weit größerer Bedeutung, als irgend eine einzelne Entdeckung, so überraschend sie auch sein mag“ (Cuvier).

[4]) Bacon von Verulam de dign. et augm. scient. VIII. 3.

mit der erhobenen Klage kostenfällig zurückgewiesen wird. Was lag hier — bei mangelnder juristischer Analyse des Wesens des Urtheils überhaupt wie des Wesens der Abweisung angebrachter Maßen insbesondere — näher, als daß beide Urtheilsgattungen mit einander konfundirt, ja identifizirt oder sogar geradezu verwechselt wurden! Und diese Gefahr mußte noch erheblich gesteigert werden, da einzelne ausdrückliche Gesetzesaussprüche, an denen man sich hätte festhalten können, durchaus fehlten. Die Abweisung angebrachter Maßen ist ganz und gar ein Kind der Praxis, und zwar einer Praxis, welche, wie wir sehen werden, auf innerer, wenn vielleicht oft auch nur mehr gefühlten als bewußten Nothwendigkeit beruht, also echtes und vollgültiges Gewohnheitsrecht. Wer im Einzelnen zu sehen wünscht, wie das Gewohnheitsrecht ein Hauptmittel ist, um, allen äußeren ungünstigen Umständen zum Trotz, die raison, die eigentliche innere Vernunft des Rechts, zur Geltung zu bringen, und wer noch Zweifel daran hat, daß der Hegel'sche Gedanke von der siegreichen Selbstentwicklung und Selbstbethätigung des dialektischen Begriffes ein durchaus richtiger ist — der möge sich die Geschichte der Abweisung angebrachter Art und namentlich ihre preußisch-rechtliche Entwicklung näher betrachten!

Die Begriffsverwirrung, die innerhalb der preußischen Praxis über die Abweisung angebrachter Maßen vielfach besteht und die auf sehr erklärlichen Gründen beruht (vgl. unten § 5), spiegelt sich zwar auch in der Literatur[5]) ab, tritt aber besonders grell in der Rechtsprechung des Ober-Tribunals[6]) hervor. Während das Ober-Tribunal früher[7]) (richtig) annahm, daß eine Abweisung in angebrachter Art nicht erfolge, um die Klage aus einem anderen Fun-

---

[5]) Vgl. besonders: Westerburg, die Abweisung in angebrachter Art nach gemeinem und preußischem Recht. Brilon. 1874. Förster in Gruchot's Beiträgen II S. 343 ff. Derselbe: Theorie und Praxis I S. 271 (3. Aufl.). Koch, Prozeßordnung 6. Auflage S. 21 Note 42. — Die frühere Literatur siehe in Rönne's Ergänzungen und Erläuterungen (4. Aufl.) Bd. III. S. 216 (hervorzuheben besonders Arndts in dessen juristischer Wochenschrift Jahrgang 1846 S. 226 ff.).

[6]) Vgl. besonders die Nachweisungen bei Westerburg l. c. S. 17 ff. Striethorst Archiv 2 S. 303; 11 S. 294; 26 S. 24; 37 S. 344; vor Allem aber 75 S. 250. — Entscheidungen R.O.H.G. V. 35.

[7]) Entsch. vom 30. April 1844, mitgetheilt von Arndts a. a. O., Westerburg S. 19 unter b.

damente vorzubehalten, sondern wenn „aus den angebrachten Thatsachen der geltend gemachte Anspruch noch nicht folgt, wohl aber aus dem ganzen Sachverhältniß ersichtlich ist, daß eine Vervollständigung des Faktums in Aussicht steht, dessen Geltendmachung die Klage rechtfertigen würde," also bei nicht genügend substanziirter Klage, und während es dementsprechend (richtig) annehmen mußte[8]), daß eine Abweisung angebrachter Maßen überhaupt niemals die exceptio rei judicatae erzeugen könne: hat später das Ober-Tribunal seine Ansicht geradezu gewechselt und in einzelnen Senatsentscheidungen wie im Plenum die Theorie aufgestellt: die Abweisung in angebrachter Art erfolge nur, um dem Kläger, der aus einem falschen Fundamente geklagt habe, die Klage aus dem richtigen Fundamente offen zu halten, dagegen sei eine nicht gehörig substanziirte Klage definitiv abzuweisen, gerade so wie eine nicht mit den gehörigen Beweismitteln unterstütze Klage definitiv abgewiesen werden müsse.[9]) Da nun der Klage aus einem andern Fundamente, weil sie selbst eine andere ist, die exceptio rei judicatae überhaupt nicht entgegen stehen kann,[10]) für sie also ein Vorbehalt, wie er in der Abweisung angebrachter Maßen liegen soll, ganz überflüssig, also juristisch sinnlos ist, so mußte man von dieser Ansicht des Ober-Tribunals folgerichtig weiter dahin kommen, jeden materiellen Unterschied zwischen der Abweisung angebrachter Maßen und der puren Abweisung einfach zu leugnen. Die letzte Konsequenz war dann, auch aus der Abweisung angebrachter Maßen gegen die wiederholte Klage aus demselben Fundamente die exceptio rei judi-

---

[8]) Entsch. aus dem Jahre 1844, mitgetheilt von Arndts a. a. O. S. 446, Westerburg l. c. S. 18.

[9]) Plenarentsch. vom 8. Juli 1869 (Striethorst 75 S. 275 ff.). Die Entscheidung schließt mit den Worten: „Nach allen diesen Allegaten mag es für das Gebiet des preußischen Prozesses als anerkannt betrachtet werden, daß ein Kläger, welcher seine Klageanträge nicht gehörig substanziirt oder das von ihm zu erbringende thema probandum nicht mit den gehörigen Beweismitteln unterstützt hat, nicht in der angebrachten Art, sondern definitiv zurückzuweisen ist. Wie es in dieser Hinsicht auf dem Gebiete des gemeinen Prozesses sich verhalte, mag hier dahingestellt bleiben, jedoch beiläufig erwähnt werden, daß in der Entscheidung des fünften Senats vom 19. April 1864 (Striethorst's Archiv Bd. 54 S. 209) der Ausspruch geschieht: der Grundsatz, daß eine nicht substanziirte Klage pure abzuweisen sei, lasse sich in dieser Allgemeinheit als richtig nicht anerkennen."

[10]) Westerburg l. c. S. 5.

catae zu gewähren. Dies ist in der That in der Praxis vielfach geschehen; in unzweideutigster Weise ist diese Ansicht zur Geltung gebracht in der am Anfang meiner bereits zitirten „Abweisung“ abgedruckten appellationsgerichtlichen Entscheidung, worin es heißt:

„Durch die Zurückweisung einer Klage in der angebrachten Art soll dem Kläger nur die Anstellung einer neuen Klage aus einem andern Fundamente ausdrücklich vorbehalten, nicht aber entgegen der Vorschrift der §§ 65 und 66 der Einleitung in die Prozeßordnung das Recht zuerkannt werden, den durch das Erkenntniß aberkannten Anspruch aus dem in dem entschiedenen Prozesse aufgestellten Fundamente von Neuem einzuklagen.“

Andererseits hat wieder das Ober-Tribunal in anderen Entscheidungen an sich richtig, aber in einem Widerspruch mit der oben mitgetheilten Plenarentscheidung, gelehrt und entschieden, daß, wenn die Abweisung angebrachter Maßen nach Inhalt der Entscheidungsgründe nicht wegen Aufstellung eines unrichtigen Klagefundamentes, sondern wegen Mangels spezieller Begründung (also wegen mangelnder Substanziirung) erfolgt sei, der neuen, in der Art, wie es nach den Motiven der Abweisung erfordert worden, begründeten Klage der Einwand rechtskräftig entschiedener Sache nicht entgegenstehe.[10a])

Der Verwirrung der Praxis, welche sich fast noch mehr in den Entscheidungsgründen[11]) als in der schwankenden Rechtsprechung selbst abspiegelt, geht parallel der Streit der Theorie. Koch[12]) nennt die zuletzt mitgetheilte Entscheidung des Ober-Tribunals unjuristisch und lehrt geradezu: „Wenn Jemand die richtige Klage gebraucht und den Sachverhalt so ungeschickt vorträgt, daß der Richter sich nicht überzeugen kann, so ist es so gut, als wenn er sie nicht bewiesen hätte; die Klage (actio) ist konsumirt. Wo wäre sonst das Ende des Prozessirens (§ 65 der Einleitung zur A.G.O.)?“ Eine Reihe früherer Schriftsteller[13]) perhorreszirt überhaupt das ganze

---

[10a]) Striethorst Bd. 11 S. 294, Koch, Prozeßordnung S. 21 unten.

[11]) Vgl. die ausführliche Darstellung in dem Erk. vom 8. Juli 1869 (Striethorst Bd. 75 S. 250), mitgetheilt bei Westerburg l. c. S. 18 ff. Namentlich der in Note 9 oben mitgetheilte Schlußpassus ist sehr bezeichnend.

[12]) a. a. O. S. 21.

[13]) Vollständig mitgetheilt bei Rönne a. a. O. (Grävell, Wilke, König, Dorguth, Diterici).

Institut der Abweisung angebrachter Maßen; sie sei in den Gesetzen nicht begründet, daher unzuläßig, auch nicht nöthig; der in ihr liegende Vorbehalt sei überhaupt wirkungslos oder gebe wenigstens keine absolute Sicherung gegen die exceptio rei judicatae; oder aber umgekehrt: exceptio rei judicatae sei in den Fällen, wo auf Abweisung in der angebrachten Art erkannt zu werden pflege, ohnehin unzuläßig und daher ungefährlich. Es ist unverkennbar, daß alle diese Schriftsteller den Zusammenhang zwischen der Abweisung angebrachter Maßen und der res judicata zwar fühlen, aber sich nicht zum klaren Bewußtsein gebracht haben. Einen richtigen Gesichtspunkt machte bereits Arndts[14]) geltend, wenn er lehrte:

„Jenes Verhältniß der Abweisung angebrachter Maßen wird indessen nur dann erkennbar, wenn der Zusammenhang der erwähnten Erkenntnißform mit der Bedeutung der res judicata aufgefaßt wird. Ihre, der Abweisung angebrachter Maßen, Erforderlichkeit besteht darin, zu verhindern, daß das gerichtliche Erkenntniß nicht res judicata hervorbringe. Eine definitive Entscheidung schließt es aus, denselben Anspruch aus demselben Klagegrund noch einmal geltend zu machen. Dies bleibt dagegen offen, wenn nur angebrachter Maßen abgewiesen worden ist. Hierdurch erhält diese Erkenntnißform die ihr gebührende Stelle. Ein an sich begründeter Klageanspruch ist unvollständig vorgetragen; es mangelt die Angabe faktischer Umstände, die hinzutreten müssen, um dessen Geltendmachung zu rechtfertigen. Der Kläger kann daher nicht durchdringen, wenn er seine Klage nicht zu vervollständigen vermag. Wird in einem solchen Falle eine definitive Abweisung ausgesprochen, dann ist sein Klagegrund verworfen, er bleibt ihm erhalten, wenn er nur angebrachter Maßen zurückgewiesen war."

Aber es ist klar, daß Arndts nicht bis zum eigentlichen Wesen des Instituts durchdringt.

Schon viel näher kommt demselben Förster in seiner Abhandlung bei Gruchot Bd. 2 S. 349 ff. Jedoch hat sich auch ihm die eigentliche juristische Natur der Abweisung angebrachter Maßen nicht erschlossen. Neben vielen richtigen Bemerkungen, wie: daß die Abweisung angebrachter Maßen statthabe, wenn die Klage in thatsächlicher Beziehung nicht vollständig substanziirt sei, daß hingegen

---

[14]) Jur. Wochenschrift von 1846 S. 226 ff.

die Klage definitiv abzuweisen sei, wenn sich herausstelle, daß aus einem falschen Grunde geklagt sei oder wenn der Klagegrund nicht erwiesen sei, finden sich unrichtige Behauptungen, wie: daß die Klage auch definitiv abgewiesen werden müsse, wenn sie gar nicht substanziirt oder wenn eine unzulässige Aenderung des Klagegrundes erfolgt sei. Ein klares Prinzip läßt sich überhaupt hinter der Kasuistik dieser Abhandlung nicht verkennen. Wenn Förster am Anfang der Ausführung sagt:

> „Da diese (die Urtheile, welche in angebrachter Art abweisen) die Anstellung einer neuen Klage nicht hindern, ja geradezu vorbehalten, so sprechen sie sich auch nicht endgültig über die rechtlichen Beziehungen der Parteien aus,"

so scheint es zwar, als ob Förster dem richtigen Gedanken auf der Spur sei, aber er verfolgt denselben nicht, und deshalb bleibt es bei einem unklaren Postulate, wobei zudem die Ursache zur Wirkung und die Wirkung zur Ursache gemacht wird.

Auch in seiner „Theorie und Praxis"[15]) gelangt Förster nicht bis zum eigentlichen Kernpunkt der Sache. Er führt zwar auch hier richtig aus, daß die Klage nicht in angebrachter Art, sondern definitiv abzuweisen sei, wenn aus einem falschen Fundamente geklagt werde (die entgegenstehende Ansicht des Ober-Tribunals nennt er „unbegreiflich") und daß die Abweisung angebrachter Maßen der verbesserten Klage aus demselben Fundamente gegenüber nicht die exceptio rei judicatae erzeuge. Auch enthält die Nebeneinanderstellung des in angebrachter Art abweisenden Erkenntnisses mit denjenigen Urtheilen, welche die Klage wegen Unzuständigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtswegs abweisen (die einen „mehr staatsrechtlichen Karakter" haben sollen) offenbar einen Schritt weiter auf dem Wege zur Erkenntniß des Wesens der Sache. Aber das letztere wird nicht klargestellt und ist auch dem Verfasser selbst offenbar nicht klar geworden, da er noch lehrt, daß der neuen Klage allerdings alsdann der Einwand der entschiedenen Sache entgegenstehe, wenn sie nicht frei sei von dem Mangel, der die Abweisung der ersten Klage verursacht habe.

Auch die gemeinrechtliche Literatur läßt eine Analyse des juristischen Wesens der Abweisung angebrachter Maßen vermissen.

---

[15]) Bd. I. S. 271 ff. (3. Aufl.).

Das ganze Institut wird von ihr auf's stiefmütterlichste behandelt und durchweg mit einigen Zeilen — meist bei Besprechung des sog. ersten Dekrets auf die Klage, speziell der Abweisung a limine — abgethan, ohne daß auch nur ein Versuch gemacht wird, diese Urtheilsart näher zu untersuchen.[16]) Dagegen läßt sich allerdings nicht verkennen, daß die gemeinrechtliche Praxis mit der Abweisung in angebrachter Art durchweg sicher und richtig zu operiren versteht, und daß solche Mißgriffe, wie sie aus der preußischen Rechtsprechung oben mitgetheilt werden mußten, hier vergeblich gesucht werden. Indessen zeigt sich der Mangel der sicheren wissenschaftlichen Grundlage für das Institut doch auch hier praktisch darin, daß man, ebenso wie Förster für das preußische Recht, der mit den alten Mängeln behafteten neuen Klage gegenüber aus der früheren Abweisung in angebrachter Art häufig die exceptio rei judicatae statuiren will.[17])

## § 3.

Bei dieser Sachlage hatte der Versuch, die Urtheilsart der Abweisung angebrachter Maßen auf ihren eigentlichen juristischen Inhalt zu analysiren und dadurch das spezifische Wesen dieses „verwahrlosten" Instituts herauszukehren, gewiß seine volle wissenschaftliche Berechtigung. Ich habe diesen Versuch in meiner im Jahre 1874 erschienenen kleinen Schrift „Die Abweisung in angebrachter Art nach gemeinem und preußischem Recht" unternommen. Es ist hier nachzuweisen versucht, daß die Abweisung „wie angebracht" eine nothwendige Folge der Verhandlungsmaxime einerseits und der unbedingten Urtheilspflicht des Richters andererseits ist. Beide Maximen mußten in einem gewissen Punkte mit logischer Nothwendigkeit in einen direkten Widerspruch treten und dieser Widerspruch hat in der Abweisung angebrachter Maßen seine Lösung gefunden — einer Entscheidung, wodurch der Richter seiner Urtheilspflicht formal genügend ein Erkenntniß spricht, aber ein Erkenntniß, das die materielle Entscheidung ablehnt. Das Wesen der Abweisung in an-

---

[16]) Vgl. die gangbaren Lehr- und Handbücher von Schmid, Baier, Wetzell, Renaud &c. Ueber die Auffassung Bülow's (jetzt Professor in Tübingen) in seiner Monographie über die Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen siehe unten in § 4 dieses Aufsatzes.

[17]) Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen von Tauchnitz N. F. Bd. 6 S. 203, Bd. 19 S. 409. Entsch. des R.O.H.G. Bd. V. Nr. 35.

gebrachter Art — das ist das Ergebniß meiner Untersuchungen — besteht sonach in einer motivirten Urtheilsverweigerung wegen logischer Unmöglichkeit des Urtheils.

„Wenn auch“ — so habe ich dort unter Anderem ausgeführt — „dem deutschen Prozeßrechte Bestimmungen wie diejenigen des französischen Rechts fremd sind, wodurch der Richter mit Strafe und Regreßklage bedroht wird (code civil art. 4, code de procéd. art. 505 ff.), wenn er seine Entscheidung verweigert, so steht darum doch auch nach deutschem Staats- und Prozeßrecht nicht weniger fest, daß der Richter in allen zu seiner Kompetenz gehörigen Fällen sein Urtheil nicht versagen darf. Diese unbedingte Urtheilspflicht des Richters geräth jedoch in einer bestimmten Richtung in Kollision mit der thatsächlichen oder, besser gesagt, logischen Möglichkeit des Urtheils. Die Thätigkeit des erkennenden Richters bewegt sich bekanntlich immer in derselben logischen Form des Syllogismus. Den Obersatz bildet das objektive Recht, den Untersatz die in Frage stehenden thatsächlichen Vorgänge, und aus beiden hat dann der Richter vermöge seines Urtheilsvermögens zu konkludiren, ob der oder die geltend gemachten Ansprüche begründet sind oder nicht.[18]) Nun kann sich der Richter dieser Urtheilsfällung allerdings nicht dadurch entziehen, daß er sich auf seine mangelnde Rechtskenntniß oder die Unzulänglichkeit seiner Urtheilskraft beruft, um das Urtheil in concreto als ihm unmöglich hinzustellen. Vielmehr hat jene Urtheilspflicht gerade den Sinn, daß der Richter mit dem großen oder kleinen Maße von Rechtskenntniß und Verstand, dessen er sich nun einmal zu erfreuen oder nicht zu erfreuen hat, seine Entscheidung abgeben muß, mag dieselbe so richtig oder so unrichtig ausfallen, wie sie wolle. Wohl aber liegt eine thatsächliche Unmöglichkeit der Urtheilsfällung für den Richter dann vor, wenn entweder die Ansprüche des Klägers oder die Thatsachen, aus denen sie abgeleitet werden, in einer nicht genügend verständlichen Weise vorgetragen sind. Man kann nicht einwenden, daß der Richter diese Lücken im thatsächlichen

[18]) Dieser deklarative (dezisive) Theil des Erkenntnisses ist das einzige Wesentliche an demselben; die Dispositive (Tenor) erscheint logisch nur als imperative Form der Dezisive, deren praktisches Resultat sie zieht. Unger, Oesterr. Privatr. II. S. 640 ff. Westerburg, Archiv für prakt. R.W. N. F. Bd. IX. S. 228. ff., vgl. andererseits wieder mit meinen Ausführungen Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 140.

Materiale durch Befragen der Parteien und eigene Nachforschungen auszufüllen habe. Denn abgesehen von der häufigen faktischen Unmöglichkeit einer solchen Kompletirung des Stoffs ist dieselbe durch die Verhandlungsmaxime geradezu verboten. Nach diesem Grundprinzip des gemeinen Rechts hat sich bekanntlich der Richter bei seinem Urtheil nur an die Anträge und die Thatsachen zu halten, welche ihm von den Parteien vermöge ihrer eigenen freien Dispositionsbefugniß, d. i. ihres Beliebens, vorgetragen werden. Er braucht also nicht nur nicht, sondern er darf sogar nicht einmal eine Partei zwingen oder veranlassen, ihre Behauptungen oder Anträge zu ergänzen; und nach der Eventualmaxime darf er ferner gar die Anführungen der Partei nur dann berücksichtigen, wenn sie innerhalb gewisser Zeitschranken erfolgt sind. Der Richter befindet sich also in einem solchen Fall in einem eigenthümlichen Dilemma. Auf der einen Seite steht seine Pflicht zur Urtheilsfällung, auf der anderen die intellektuelle Unmöglichkeit hierzu. Diesen Widerspruch hat nun die Praxis dadurch gelöst, daß sie den Richter die Klage „wie angebracht" abweisen läßt. Hierdurch wird nämlich einerseits dem prozessualen Erfordernisse genügt, daß der Rechtsstreit durch ein mit Rechtsmitteln anfechtbares Urtheil erledigt wird, und ebenso über die Kosten des Prozesses sachlich entschieden, indem diese dem Kläger als derjenigen Partei auferlegt werden, welche durch ihre Unklarheit die unentwirrbare Sachlage geschaffen hat. Dagegen wird andererseits in der Hauptsache selbst keinerlei Entscheidung getroffen, vielmehr eine solche wegen thatsächlicher Unmöglichkeit des logischen Urtheils abgelehnt. Die Abweisung „wie angebracht" ist also eine motivirte Urtheilsverweigerung. Sie darf eben daher nicht als Unterart der einfachen „Abweisung" aufgefaßt werden. Durch die letztere wird die begehrte Prüfung und Urtheilsfällung wirklich ausgeführt, der Anspruch des Klägers definitiv aberkannt, durch die Abweisung angebrachter Maßen lehnt aber der Richter sein Urtheil gänzlich ab, er erkennt den Klageanspruch ebenso wenig ab, als er ihn zuerkennt, und es steht also die Abweisung in angebrachter Art in der Mitte zwischen absolutorischem und kondemnatorischem Urtheil, von beiden gleich weit entfernt und in gleicher Weise grundsätzlich verschieden."

Ist diese Auffassung richtig,[18a]) so ergeben sich mit Nothwendig-

---

[18a]) Zustimmend Kleinschrod, Prozeff. Konsumtion u. s. w. S. 189.

keit die folgenden Sätze in Betreff der Voraussetzungen, der Anfechtbarkeit und der Wirkung eines in angebrachter Art abweisenden Erkenntnisses:

A. Voraussetzungen der Abweisung wie angebracht:

1) Dieselbe kann jedenfalls nicht erfolgen:

a) wenn die Klage aus dem geltend gemachten Fundamente zur materiellen Aberkennung reif, also rechtlich unbegründet, nicht erwiesen oder durch eine erhebliche Einrede elidirt ist, der Richter aber glaubt, daß Kläger den Anspruch aus einem anderen, gegenwärtig gar nicht geltend gemachten Fundamente ableiten könne. Ein solcher vorsorglicher Schutz der etwaigen späteren Klage wäre zunächst durchaus überflüssig, also juristisch sinnlos. Denn die Klage aus dem anderen Fundamente ist von der gegenwärtigen Klage durchaus verschieden, sie ist eine „alia actio", durch die Abweisung der einen wird die andere in keiner Weise affizirt. Andererseits hat aber der Beklagte ein gutes Recht darauf, daß ein Anspruch, der sich als verwerflich erwiesen hat, auch definitiv aberkannt wird; es ist dieses Recht des Verklagten das nothwendige Korrelat seiner Einlassungspflicht, vermöge deren er sich gegen jeden, vielleicht noch so sehr aus der Luft gegriffenen Klageanspruch bei Meidung der Kontumazfolgen auf einen Prozeß einlassen muß;[19]) und es ist dieses Recht dem Verklagten vielfach auch ausdrücklich gesetzlich gewährleistet.[20]) „Es wäre in der That mehr als seltsam, ihm dieses Recht deshalb vorzuenthalten, weil der Kläger vielleicht in Zukunft einen anderen Klageanspruch gegen ihn erheben könne."[21])

b) Ebensowenig kann eine Abweisung in angebrachter Art er-

---

[19]) Auf diesen in der Literatur vielfach ganz übersehenen Gesichtspunkt weist mit Recht nachdrücklich hin Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 15 ff., 26 ff.

[20]) Vgl. z. B. für das preußische Recht: A.G.O. I. 13 § 43: „Obgleich in der Regel durch das erfolgende Urtheil der ganze Prozeß nach allen seinen Gegenständen definitive entschieden sein muß, so u. s. w." (es folgen hier nicht in Betracht kommende Besonderheiten). Vgl. auch jetzt C.P.O. § 243 (Unzulässigkeit der einseitigen Zurücknahme der Klage nach Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache).

[21]) Westerburg, die Abweisung u. s. w. S. 8.

folgen, wenn die Klage zwar thatsächlich begründet befunden, aber unerwiesen geblieben ist. Was in dem Prozesse (bestritten) nicht erwiesen wird, gilt als unwahr, resp. nicht geschehen und actore non probante absolvitur reus. Und zwar ist ganz gleichgültig, ob der versuchte Beweis ohne Resultat geblieben ist, oder ob die Partei überhaupt keinen Beweis angetreten hat. Dieser letztere Unterschied konnte höchstens für die Einleitung der Klage (nämlich wo, wie im preußischen Rechte, das Prinzip der Beweisverbindung und daneben gleichzeitig dasjenige der sachlichen Vorprüfung der Klage vor der Einleitung bestanden) in Betracht kommen. Vom Standpunkte des urtheilenden Richters sind die Klagebehauptungen in beiden Fällen gleichmäßig nicht erwiesen, Kläger muß daher definitiv abgewiesen werden. Im Civilprozeß gilt nur die relative Wahrheit.

Dieser Punkt ist namentlich für das preußisch-rechtliche Gebiet zu betonen, da hier wiederholt die Neigung zu Irrthümern hervorgetreten ist. Das oben aufgeführte Präjudikat des Ober-Tribunals vom 8. Juli 1869 (Striethorst Bd. 75 S. 250 ff.) ist namentlich auch deshalb so bezeichnend für die Verwirrung der Grundbegriffe, auf denen es beruht, weil es, ohne irgend welche desfallsige Prüfung, ganz selbstverständlich, nicht substanziirte und nicht mit den gehörigen Beweismitteln unterstützte Klagen als gleichwerthig neben einander stellt:

„Nach allen diesen Allegaten“ — so heißt es dort — „mag es für das Gebiet des preußischen Prozesses als anerkannt betrachtet werden, daß ein Kläger, welcher seine Klageanträge nicht gehörig substanziirt oder das von ihm zu erbringende thema probandum nicht mit den gehörigen Beweismitteln unterstützt hat, nicht in der angebrachten Art, sondern definitiv zurückzuweisen ist.“

Auch bei mangelndem Beweise[22]) der Aktiv- oder Passivlegitimation ist definitiv und nicht in angebrachter Art abzuweisen. Aktiv- und Passivlegitimation sind weiter Nichts als Bestandtheile des Klagegrundes; die entgegenstehende frühere Ansicht ist durch Bethmann-Hollwegs klare Untersuchungen für immer beseitigt;

---

[22]) Gruchot I. S. 44. Dagegen ist bei mangelhafter Substanziirung der Aktiv- oder Passivlegitimation die Abweisung wie angebracht geboten.

und selbst schon nach dem bis zum 1. Oktober v. J. geltenden preußischen Rechte durfte diese Ansicht angenommen werden, obwohl die frühere unrichtige Theorie in der A.G.O. theilweise versteinert erhalten war.[22a])

c) Endlich ist noch hervorzuheben, daß auch dann, wenn der geltend gemachte faktische Entstehungsgrund eines dinglichen Anspruchs sach- oder beweisfällig wird, in Verfolg der unter a und b entwickelten Sätze die Klage definitiv abzuweisen ist. Unter den Romanisten ist man bekanntlich zwar darüber einig, daß eine persönliche Klage aus einem anderen Fundamente selbst eine toto capite andere ist, daher auch von der exceptio rei judicatae nicht betroffen wird. Dagegen ist ja um so streitiger unter ihnen, ob auch der angegebene faktische Entstehungsgrund des dinglichen Rechts die Identität der Klage bestimme.[23]) Diese Kontroverse ist aber für das heutige Recht ganz unpraktisch. Nach deutschem, [gemeinem,[24]) preußischem[25]) und jetzigem Reichs-[26])] Rechte werden von den Parteien nicht die Rechte, sondern die Thatsachen in jus deduzirt; eine dingliche Klage ohne „expressa caussa" ist überhaupt gar keine Klage im deutschen Sinne, sie war bisher schon a limine abzuweisen, in Zukunft muß sie jedenfalls auf Antrag des Verklagten durch das Urtheil in angebrachter Art abgewiesen werden, da in der mündlichen Verhandlung nicht erst das Klagefundament eingeführt, sondern nur verbessert werden kann.[27]) Ebendaher kann auch die Erwägung, daß

[22a]) A.G.O. I. 5 § 4 Nr. 6, § 11; I. 9 §§ 20, 21; I. 10 §§ 81a., 81b. Vgl. Verordn. vom 21. Juli 1846 § 5 lit. d.

[23]) Vgl. die Literatur bei Vangerow Pand. Bd. I. S. 284 ff. (7. Aufl.). Es kommt hauptsächlich auf die Interpretation der l. 14 § 2 de except. rei jud. (44, 2) an. Die Puchta'sche Auslegung ist doch wohl mehr geistreich als richtig; man muß annehmen, daß auch hier eine praescriptio pro actore durch Beifügung der caussa (adjecta caussa) möglich war, wodurch die Konsumtion eingeschränkt wurde. Vgl. Kleinschrod, Prozeß. Konsumtion und Rechtskraft des Civilurtheils (1875) S. 202 ff.

[24]) Buchka, Lehre vom Einflusse des Prozesses u. s. w. II. S. 192 ff.

[25]) Förster, Theorie und Praxis I. S. 288 (3. Aufl.).

[26]) C.P.O. § 230 Nr. 2.

[27]) C.P.O. §§ 230, 235 Nr. 3, 240 Nr. 1. Die Klageschrift ist essentiell und grundlegend, nicht bloß vorbereitender Schriftsatz. Vgl. auch meinen gleich-

dasselbe dingliche Recht (z. B. Eigenthum) doch noch aus einem anderen Erwerbsgrunde herzuleiten sei, niemals die Abweisung der Klage in angebrachter Art rechtfertigen, wenn der gegenwärtige Klagegrund definitiv hinfällig erscheint.

2) Die Abweisung in angebrachter Art muß dagegen erfolgen:

a) wenn der Klageantrag so undeutlich gestellt ist, daß er nicht ersehen läßt, was Kläger eigentlich will;

b) wenn der Klageantrag ein perplexer ist, also z. B. Anträge, die sich logisch geradezu ausschließen oder die gesetzlich nur elektiv zuläßig sind (z. B. actio quanti minoris und actio redhibitoria), kumulirt;

c) wenn der Klageantrag zu allgemein gehalten ist, also z. B. nur Verurtheilung in quali beantragt, wo alsbald in quanto liquidirt werden muß;

d) wenn die Klage überhaupt gar nicht substanzirt ist. Es ist unbegreiflich, daß Förster hier definitive Abweisung eintreten lassen will. Was soll denn definitiv abzuweisen sein? Die exceptio rei judicatae würde ja meistens gar kein Objekt, wenigstens kein greifbares haben. Und andererseits: wie kann der Richter einen Anspruch aberkennen, der ihm in seiner thatsächlichen Grundlage gar nicht zur Kognition gebracht ist? Der Richter kann dem Kläger doch nur antworten: Es ist mir intellektuell unmöglich, über die Begründung Deines Anspruchs zu urtheilen, weil mir das thatsächliche Material für ein jedes Urtheil fehlt, d. h. ich muß Dich in angebrachter Art abweisen. Nach der richtigen Theorie der Abweisung angebrachter Maßen als einer Urtheilsverweigerung wegen logischer Unmöglichkeit des Urtheils ist gerade hier der frappante Anwendungsfall dieser Urtheilsart gegeben. Eine definitive Abweisung wäre, ernstlich gemeint und durchgeführt, nur unter dem Gesichtspunkt einer Privatstrafe für Leichtfertigkeit oder Rechtsunkenntniß zu begreifen, und für eine solche ist doch kein gesetzlicher Boden.

e) wenn die faktischen Klagebehauptungen der Art unklar sind, daß sie nicht verständlich sind oder daß wenigstens nicht er-

---

zeitig in diesen Blättern erscheinenden Aufsatz über die Klageänderung. Die abweichenden Ansichten Wach's und Petersen's (vgl. die Anzeige von E im ersten Hefte dieses Jahrgangs dieser Zeitschrift S. 130) halte ich für unrichtig.

hellt, in welchem logischen Zusammenhange sie nach der Intention des Klägers zu dem Klageantrag stehen sollen;[28])

f) wenn die Klagebehauptungen durch spätere Restriktionen, Modifikationen, widersprechende Behauptungen, Zugeständnisse u. dergl. nachträglich verdunkelt oder nachträglich Anträge gestellt werden, die dem aufrecht erhaltenen Klageantrag implicite widersprechen oder in Widerspruch mit Klagebehauptungen treten;

g) bei unzulässiger Klageänderung.

3) Für den Fall mangelhafter (unvollständiger Substanzirung) läßt sich m. E. keine andere Regel aufstellen, als die, welche ich in der „Abweisung"[29]) wörtlich dahin gefaßt habe:

„In dem Fall, wenn die Klagebehauptungen zwar deutlich und klar sind, aber zur Erzeugung des beanspruchten Rechts nicht ausreichen, wenn also noch Behauptungen fehlen, ist zu unterscheiden:

a) Ergiebt der Zusammenhang, daß jene Thatumstände, welche in der Klage nicht erwähnt sind, auch nicht stattgehabt haben, oder noch präziser: daß sie nach der Intention des Klägers nicht als stattgehabt gelten sollen —: so muß, da ja dann das Material vollständig und klar vorliegt, die Klage definitiv abgewiesen werden.

b) Steht dagegen diese Negative nicht fest, sondern liegt die Möglichkeit vor, daß Kläger die Anführung dieser Umstände bloß aus Versehen oder Rechtsirrthum unterlassen hat, so ist die Klage nur in angebrachter Art abzuweisen."

In der richtigen Anwendung dieser Regel, der richtigen Unterscheidung zwischen dem ersten und dem zweiten Fall muß sich der praktische und feinfühlende Chic des Richters bewähren; die Regel selbst läßt sich nicht mehr spezialisiren.

## B. Anfechtung des in angebrachter Art abweisenden Urtheils.

Das gedachte Urtheil ist formell ein vollständiges, reguläres

---

[28]) Dieser Fall und der nachfolgende sub f., bilden so recht eigentlich das Gebiet der berüchtigten gemeinrechtlichen (prozeßhindernden) exceptio libelli obscuri. Vgl. darüber meinen gleichzeitig in diesen Blättern erscheinenden Aufsatz über die Klageänderung.

[29]) S. 8.

Endurtheil. Es unterliegt daher ganz denselben Rechtsmitteln, wie jedes andere Urtheil.

Namentlich kann auch der Verklagte dagegen ein Rechtsmittel einlegen. Von dem Gesichtspunkte aus, der die Abweisung in angebrachter Art nur als eine Spielart der Abweisung schlechtweg auffaßt, könnte, — von dem Standpunkt derjenigen Meinung aus, welche die Abweisung angebrachter Maßen expressis verbis oder wenigstens der Sache nach mit der puren Abweisung identifizirt, müßte die Berechtigung des Verklagten zur Beschwerde bestritten werden. Wer mit uns in der Abweisung angebrachter Maßen ein seinem Inhalt nach von der aberkennenden puren „Abweisung" toto capite verschiedenes, eine Entscheidung in der Sache überhaupt ablehnendes, Urtheil sieht, kann dem Verklagten, dessen Antrag auf Abweisung der Klage schlechtweg durch die Abweisung angebrachter Maßen abgelehnt ist, das Recht zur Beschwerde im Wege des Rechtsmittels nicht weigern.

Ebenso muß, wer unsere Grundanschauung theilt, es für eine unzulässige reformatio in pejus halten, wenn auf die Appellation des Klägers der zweite Richter die in erster Instanz in angebrachter Art abgewiesene Klage definitiv abweisen wollte. Weiter auf das theilweise noch sehr der Revision bedürftige Detail dieser Lehre einzugehen, verbietet der dieser Abhandlung gestattete Raum.

### C. Wirkung eines in angebrachter Art abweisenden Erkenntnisses, insbesondere absoluter Ausschluß der exceptio rei judicatae.

Ich zitire hier wörtlich folgende Erörterung aus meiner „Abweisung."[29a])

„In formaler Hinsicht beendigt die Abweisung angebrachter Maßen die Prozeßinstanz durch ein mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln anfechtbares, der Rechtskraft fähiges Erkenntniß. Auch wird ferner durch sie über die Kosten des Prozesses in definitiver (sachlicher) Weise entschieden. Dagegen liegt über den eigentlichen Rechtsstreit selbst nur scheinbar ein Urtheil vor, während materiell der Streit noch ganz unentschieden ist, indem ja im Gegentheil der

---

[29a]) Westerburg, die Abweisung in angebrachter Art S. 9 ff. Vgl. auch ebendaselbst S. 13 ff.

eigentliche Sinn der Abweisung „wie angebracht“ gerade dahin geht, daß der Richter in der Sache nicht entscheidet, sondern seine Entscheidung wegen mangelnder Substanziirung der Klage ablehnt. Es wäre daher geradezu eine Umkehrung der Begriffe, wenn man aus der formellen Natur des in angebrachter Art abweisenden Erkenntnisses oder gar aus dem Worte „abweisen“ darauf schließen wollte, daß der Rechtsstreit entschieden sei, während doch in Wahrheit durch das fragliche Erkenntniß gerade ausdrücklich ausgesprochen ist, daß der Prozeß unentschieden ist und sein soll. Hieraus folgt von selbst, daß von einer exceptio rei judicatae auf Grund eines die Klage oder Widerklage in angebrachter Art abweisenden Erkenntnisses nicht die Rede sein kann und zwar einfach deshalb nicht, weil eben die res noch nicht judicata, der Anspruch[29b]) noch nicht abgeurtheilt ist. In der That würde auch die entgegengesetzte Annahme zu den sonderbarsten Konsequenzen führen. Wollte man nämlich behaupten, daß die zweite Klage definitiv abgewiesen werden müsse, weil die erste wie angebracht abgewiesen sei, so braucht man eigentlich diese zwei Sätze nur auszusprechen, um das Unhaltbare der Schlußfolgerung zu erkennen. Denn es wäre damit offenbar gesagt, daß die Wirkung und — da das Wesen hier lediglich in der Wirkung beruht — daß das Wesen der Abweisung in angebrachter Art ganz gleich sei dem Wesen und der Wirkung der puren Abweisung, mit andern Worten also: daß die Abweisung in der angebrachten Art und die pure Abweisung dem Wesen nach identisch seien. Hierdurch gäbe man also in der Folgerung die eigene Prämisse auf, welche ja eben in der Annahme der Existenz einer besonderen Abweisung angebrachter Maßen bestand. Noch deutlicher wird übrigens die Ungereimtheit, wenn man die juristisch-technischen Ausdrücke ins Gemeinverständliche übersetzt. Denn hier müßte der Richter offenbar zum Kläger sagen: „Weil mir das erste Mal eine Prüfung Deines Anspruchs wegen mangelhafter Substanziirung desselben unmöglich

[29b]) Daß res in den römischen Quellen soviel wie Rechtsanspruch bedeutet, ist durch die Untersuchungen von Bekker in seiner Prozeßkonsumtion und von Dernburg in seiner Kritik des Bekker'schen Buches (Heidelb. Krit. Zeitschr. II. S. 339) m. E. zweifellos erwiesen. Vgl. Westerburg im Archiv für prakt. R.W. N. F. IX. S. 338 ff., 345 ff., 382 ff. und gegen die theilweise (bezüglich der res in judic. deductae) abweichende Ansicht von Kleinschrod l. c. S. 55, Westerburg in der Anzeige dieses Buches bei Gruchot Bd. 19 S. 621.

war, deshalb entscheide ich das zweite Mal unbesehen dahin, daß Dein Anspruch unrechtmäßig ist, und erkenne ihn daher ab." Wollte man aber annehmen, die zweite Klage müsse ebenfalls wieder in angebrachter Art abgewiesen werden, so wäre dies womöglich noch denkwidriger, denn der Richter würde durch ein solches Urtheil dem Kläger folgende Antwort geben: „Weil Dein früherer Klageantrag unklar und unverständlich war, deshalb erkläre ich auch Deine jetzige Klage, mag sie auch noch so klar und vollständig, ja ein wahres Muster einer Klage sein, unbesehen wieder als unklar und unvollständig!" .... Endlich ist auch noch ein praktischer Gesichtspunkt hervorzuheben, welcher ebenfalls sehr ins Gewicht fällt. Würde nämlich die Abweisung in angebrachter Art die exceptio rei judicatae begründen, so läge darin eine kolossale Härte für den Kläger. Derselbe würde in Folge der mangelhaften Substanziirung seines Anspruchs desselben für immer verlustig gehen, und es wäre also in Wahrheit eine Privatstrafe in das moderne Recht eingeführt, wie man sie sich kaum rigoröser denken könnte. Denn diese Strafe stände nicht auf irgend welchem dolus, sondern sie gälte der bloßen Nachlässigkeit oder Unkenntniß und sogar nicht einmal der eigenen, sondern viel häufiger derjenigen des Anwalts, für dessen Versehen der rechtsunkundige Klient unschuldiger Weise leiden müßte. Eine derartige Einrichtung hätte man wohl im alten rigorösen Formalrechte der Römer begreifen können; sie hat aber keine Stelle in unserer heutigen Rechtsanschauung, welche mit Hülfe der Prozeßformen das materielle Recht rasch und sicher entwickelt, nicht aber erdrückt haben will.

Theorie und Praxis des gemeinen Rechts verwerfen denn auch ziemlich einstimmig die Annahme einer exceptio rei judicatae auf Grund eines bloß „wie angebracht" abweisenden Erkenntnisses und nur die eine Ausnahme wollen Viele gemacht wissen, daß die Einrede der entschiedenen Sache der neuen Klage dann entgegen stehen müsse, wenn sie an demselben Mangel wie die frühere leide.[30]) Aber auch diese Ausnahme ist zu verwerfen. Es ist daran festzuhalten, daß die Abweisung in angebrachter Art nicht materiell entscheidet und daher auch die Einrede, daß entschieden sei, ihrer Natur nach gar nicht erzeugen kann. Allerdings wird der Richter die zweite

[30]) Vgl. oben Note 17.

Klage, wenn sie an demselben Fehler leidet, wieder in angebrachter Art abweisen. Er thut dies aber nicht deshalb, weil die frühere, jetzt gar nicht mehr in Frage stehende Klage mangelhaft substanziirt war, sondern weil es die jetzige ist; er lehnt sein Urtheil nicht deshalb ab, weil ihm das frühere Urtheil unmöglich war, sondern weil ihm das jetzt begehrte unmöglich ist. Er weist also in angebrachter Art ab, nicht auf Grund einer exceptio rei judicatae, sondern nach erneuter sachlicher Prüfung. Bei dieser letzteren ist er aber ganz frei und durch das erste Urtheil nicht gebunden, weil von dem Urtheil nur die Dezisive, welche hier fehlt, nicht aber die Entscheidungsgründe, auch nicht die objektiven, rechtskräftig werden.[31])

Der Einwand, daß bei der von uns vertretenen Ansicht ein chikanöser Kläger dieselbe Klage ins Unendliche wiederholen könne, ist nicht zu berücksichtigen, denn der Kläger kann dies auch ebensowohl bei der entgegengesetzten Theorie. Seine Strafe ist aber die, daß er die Kosten bezahlt, und diese Strafe wird ihn ebenso empfindlich treffen, wenn die wiederholte Abweisung auf abermaliger sachlicher Prüfung, als wenn sie auf der exceptio rei judicatae beruht."

## § 4.

Es ist hier nicht der Ort, eine Geschichte der Abweisung angebrachter Maßen zu schreiben. Dies muß einer späteren, auf reiches urkundliches Material zu stützenden Monographie vorbehalten bleiben. Vielmehr sollen hier nur mit wenigen Strichen die Bausteine skizzirt werden, auf denen die historische Entwicklung des Instituts beruht.

[31]) Bekanntlich besteht allerdings über diese Frage für das bisherige Recht ein wohl nie zu Ende kommender Streit, der sich an die Streitfrage über die von Keller sogenannten zwei Funktionen der exceptio rei judicatae anknüpft. Vgl. über die Dogmengeschichte und den Stand der Lehre: Westerburg, Archiv für prakt. R.W. N.F. Bd. IX. und X. (1873, 1874), ferner namentlich Kleinschrod, l. c. (zweites Kapitel); Windscheid, Pand. §§ 130, 131. Für das preußische Recht war, trotz der Neigung namhafter Theoretiker (z. B. Förster) zu der Savigny'schen Theorie von der Rechtskraft der objektiven Entscheidungsgründe, im § 38 A.G.O. I. 13 („bloße Entscheidungsgründe sollen niemals die Kraft eines Urtheils haben") ein so festes Bollwerk für die richtige Ansicht gegeben, daß die Praxis meistens unerschüttert blieb. Nur war die Antithese: daß nicht die Gründe, sondern nur der Tenor des Erkenntnisses rechtskräftig werde, freilich eine ebenso schiefe als äußerliche. Eine Rechtsgleichheit im Sinne der m. E. allein richtigen Theorie ist nunmehr durch § 293 C.P.O. erreicht. Vgl. darüber unten in § 6 dieser Abhandlung.

Im klassischen römischen Recht zerfiel bekanntlich der Civilprozeß in zwei durchaus getrennte Stadien, das Verfahren in jure und dasjenige in judicio. Das erstere, vor dem Prätor, hatte sein Ziel und seinen Abschluß in der editio formulae, welche dem Prozeß durch schriftliche Fixirung der gegenseitigen Streitpunkte (actio, exceptiones, replicationes, praescriptiones etc.) seine rechtliche Grundlage gab. Mit dieser war lis contestata und ebendamit nach dem Grundsatze „ne bis de eadem re" die actio „konsumirt", indem ihm nunmehr, einerlei, welches fernere Schicksal der Prozeß vor dem judex hatte und ob dieser den Verklagten verurtheilte oder absolvirte, die exceptio rei in jud. deductae entgegenstand. Die exceptio rei judicatae war eigentlich nur eine Anwendungsform dieser exceptio rei in jud. deductae, materiell von ihr nicht verschieden.[32]) Die Konsequenz war, daß die Klage, falls sie einmal bis zur litiscontestatio gebracht war, konsumirt war, mithin nicht mehr von Neuem angebracht werden konnte, so daß also z. B. auch wegen plus petitio oder wegen sachdilatorischer Einreden der Anspruch für immer verloren ging; es stand ihm, wenn ein Urtheil ergangen, die exceptio rei judicatae, wenn der Prozeß liegen geblieben war, die exceptio rei in judicium deductae entgegen. Wie diese Wirkung näher civilistisch zu konstruiren, ob mit Hülfe des privatrechtlichen Mediums der Novation der ursprünglichen Klageforderung oder unmittelbar aus dem Satze „ne bis de eadem re sit actio" im Sinn eines staatsrechtlichen Verbotes des doppelten Prozessirens über denselben Gegenstand, war früher bekanntlich sehr streitig; die Novationstheorie darf aber gegenwärtig wohl allgemein als überwunden gelten.[33]) Auch auf die andere große Kontroverse, ob sich im klassischen Recht neben dieser, lediglich das Dasein des früheren Urtheils geltend machenden, mit der exceptio rei in judic. deductae homogenen exceptio rei judicatae in ihrer sog. negativen Funktion noch eine zweite positive Funktion derselben exceptio rei judicatae auf Geltendmachung des Inhalts des Urtheils entwickelt habe und ob die erstere und ursprüngliche negative Funktion im neueren justinianischen und heutigen Rechte von der positiven Funktion ganz verdrängt,

---

[32]) Westerburg, Arch. für prakt. R.W. N.F. IX. S. 337 ff.

[33]) Bekker hat sie gestürzt (Prozeßkonsumtion S. 9 ff.). Vgl. ferner Windscheid, actio S. 83 ff., Brinz, Pand. § 45, Westerburg, l. c. IX. S. 284 ff. und besonders S. 340—345, Kleinschrod, l. c. S. 14—19.

also die letztere auch allein übrig sei, soll hier nicht näher eingegangen werden.[34]) Jedenfalls darf, wenn man auch diese ganze sog. positive Funktion der exceptio rei judicatae verwirft und auch für das justinianeische, wie heutige gemeine Recht nur die richtig verstandene und richtig begrenzte „negative" Funktion aus dem Satze ne bis de eadem re anerkennt, doch an folgenden zwei Punkten nicht gezweifelt werden:

1) Die exceptio rei in judicium deductae ist beseitigt. Nur das wirkliche Urtheil konsumirt den Klageanspruch, während die bloße Anhängigmachung des Anspruchs lediglich die prozeßdilatorische Einrede der Prozeßhängigkeit für die Dauer der letzteren erzeugt.[35])
2) Nur das materiell entscheidende, den Anspruch sachlich prüfende und an- oder aberkennende Urtheil begründet die exceptio rei judicatae.[36]) In dieser Richtung hatte bereits Zeno die Folgen der plus petitio beseitigt; die definitive Konsumtion in Folge sachdilatorischer Einreden ist durch Justinian in § 10 I. IV. 13 ausdrücklich aufgehoben. Die l. 28. C. de fidejuss. gehört gleichfalls hierher. Wenn also ein Urtheil den Anspruch nicht aberkennt, sondern die Entscheidung darüber ablehnt, kann es keine exceptio rei judicatae erzeugen; es gilt dies von einem Urtheil, das einen Kompensations- oder Rekonventionsanspruch ad separatum verweist, von einem Urtheil, das wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs oder örtlicher Inkompetenz die Klage zurückweist, endlich auch von allen in der angebrachten Art abweisenden Erkenntnissen.

Mit dieser für die dogmatischen Resultate ausreichenden Betrachtung ist jedoch die historische Untersuchung keineswegs erschöpft.

Das römische Recht war ebensosehr von der Verhandlungs-

---

[34]) Gegen die Annahme einer positiven Funktion der exceptio rei judicatae ausführlich Westerburg l. c. S. 374 ff. Hiergegen wieder Kleinschrod l. c. besonders S. 221—232, 233 ff., Windscheid, Pand. §§ 130, 131.

[35]) Vgl. besonders Wächter, Erläuterungen aus dem römischen, deutschen, und württembergischen Privatrecht III. S. 52, Westerburg l. c. X. S. 32 und nunmehr C.P.O. § 235 Nr. 1, § 247 Nr. 3.

[36]) Westerburg l. c. S. 30 ff., Kleinschrod l. c., Förster, Theorie und Praxis I. S. 271. Für das heutige Recht C.P.O. § 293: „Urtheile sind der Rechtskraft nur in soweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist".

maxime beherrscht wie das deutsche,[37]) und es mußten daher auch dort schon von Haus aus dieselben Motive wirksam werden, auf denen heutzutage die Abweisung angebrachter Maßen beruht. In der That ist denn auch bereits nachgewiesen, daß schon das klassische römische Recht, freilich in durchaus anderer Erscheinungsform, die Idee der Abweisung in angebrachter Art verwirklicht hat.

Oskar Bülow in seinem vortrefflichen Buche über die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen hat gezeigt, daß die denegatio actionis durch den Prätor materiell unserer Abweisung „wie angebracht" entsprach.

Er fragt und antwortet S. 274:

„Und haben etwa die Römer eine solche Abweisung angebrachter Maßen noch nicht gekannt? Ist dies wichtige Institut erst eine Erfindung der Neuzeit? Keineswegs. Jenes Institut hat, so wenig man darauf geachtet hat, von jeher im röm. Recht bestanden und dort schon die ausgedehnteste Anwendung gefunden, nur unter einem anderen Namen, nämlich als denegatio actionis. In dieser so oft erwähnten Klagcabweisung a limine judicii, in dieser Weigerung des Magistratus, es in der vom Kläger beabsichtigten Weise zum Prozeß und Urtheil kommen zu lassen, besaßen die Römer das Mittel, um die Klage wegen der prozessualischen Mängel, ohne der Sachentscheidung irgend vorzugreifen, zurückweisen zu können."

In diesen Fällen wurde also gar keine actio und formula gegeben, gar kein judex bestellt, ein judicium kam überhaupt nicht zu Stande und ebendaher keine litis contestatio; schon eine exceptio rei in judicium deductae war daher ganz unmöglich, selbstverständlich noch weniger eine exceptio rei judicatae.

Es ist interessant zu sehen, wie der plastische Karakter des römischen Rechts auch hier hervortritt. Was wir heute erst auf dem Wege der logischen Untersuchung feststellen müssen, — nämlich, daß die Abweisung angebrachter Art gar kein materielles Urtheil enthält, sondern ein solches ablehnt — das trat im klassischen röm. Recht in der anschaulichsten Weise dadurch zu Tage, daß überhaupt auch äußerlich gar kein judicium stattfand.

Es ist klar, wie von diesem Gesichtspunkte aus ganz von selbst

---

[37]) Westerburg l. c. IX. S. 253 ff. (l. 18 D. comm. divid. (Javolenus): quod ultra id, quod in judicium deductum est, potestas judicis excedere non potest).

die Voraussetzungen der Abweisung angebrachter Maßen mit den sog. Prozeßeinreden in eine Linie treten. Der glänzend erreichte Zweck des zitirten Bülow'schen Buches ist bekanntlich der Nachweis, daß der ganze Begriff der sog. Prozeßeinreden ein historisch und dogmatisch gleich verwerflicher sei, daß da, wo man von Prozeßeinreden spricht, durchweg nur mangelnde Prozeßvoraussetzungen in Frage stehen, deren Fehlen das Zustandekommen des judicium überhaupt hindert. So konnte z. B. auch die Abweisung der Klage wegen Inkompetenz schon im klassischen röm. Rechte niemals eine Konsumtion des Klagerechts zur Folge haben, weil die Erörterung und Entscheidung über die praescriptio fori gar nicht in judicio sondern in jure, vor dem Prätor stattfanden, also in dem gedachten Fall weder eine litis contestatio noch eine res in judicium deducta vorlag.[38])

Für den Forscher giebt es keinen besseren Lohn, als wenn er seine selbständigen Untersuchungen von einem Anderen bestätigt findet, der auf ganz verschiedenem Wege zu demselben Ergebnisse gelangt ist. Das Bülow'sche, 1868 erschienene Buch war mir, als ich 1874 in dem abgelegenen Sauerlande meine Schrift über die Abweisung in der angebrachten Art schrieb, noch ganz unbekannt. Der geneigte Leser vergleiche nun mit meiner oben mitgetheilten, vorwiegend aus dogmatischen Erwägungen hergeleiteten Theorie über das fragliche Institut die nachfolgenden Aperçüs Bülow's, die auf historischem Wege gewonnen sind:

Nachdem Bülow ausführlich dargethan, daß auch nach § 10 J. de except. auf Grund sachdilatorischer Einreden keineswegs eine absolutio ab instantia, sondern eine wirkliche Sachentscheidung stattfinden soll und muß, und daß die Neuerung Justinians nur darin bestand, daß die Wirkung der auf Grund einer dilatoria exceptio ergehenden Sachentscheidung auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll, fährt er fort (S. 281 ff.):

„Der im Vorstehenden widerlegte Irrthum hat sehr bedeutsame Folgen nach sich gezogen. Jene vermeintlich in § 10 J. de except. enthaltene relax. ab obs. jud. oder absolutio ab instantia ist nämlich von jeher als der Ursprung unserer Abweisung angebrachter Maßen betrachtet worden. Dadurch ist diese für unser Civilprozeßrecht äußerst

[38]) Bülow l. c. S. 86—111, bes. S. 108 Not. 54.

wichtige Lehre von vornherein in eine so schiefe Stellung gerathen, daß sie völlig verkümmert und verkrüppelt bleiben mußte. Sie hat durchweg das Schicksal der ihr nahe verwandten Lehre von den Prozeßvoraussetzungen getheilt und wird auch erst im Zusammenhange mit dieser, nach der gänzlichen Beseitigung der Prozeßeinredentheorie, einer radikalen Revision unterworfen und zu einer folgerechten Entwicklung gebracht werden können. Für jetzt mögen folgende kurze Andeutungen genügen. Die Abweisung angebrachter Maßen ist nicht an die relax. ab obs. jud. oder abs. ab instant., sondern an die denegatio actionis anzuknüpfen. Gleich dieser ist sie dasjenige Dekret, durch welches das Gericht wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung die Unstatthaftigkeit des Prozesses in der Weise, wie er angestellt ist, ausspricht und die Sachentscheidung ablehnt. Zu den (sach-) dilatorischen Einreden steht sie in keinerlei Beziehung. Auf Grund derselben wird der Prozeß nicht für unstatthaft erklärt, sondern es ergeht eine wahre und wirksame Sachentscheidung (absolutio ab actione), die nur das Besondere hat, daß die Wirksamkeit „auf Zeit“ beschränkt ist. Zwischen dieser sachlichen Abweisung des Klageanspruchs auf Zeit und der Abweisung der Klage angebrachter Maßen, wie sie auf Grund eines Prozeßmangels erfolgt, findet nur die rein äußerliche und zufällige Aehnlichkeit statt, daß in beiden Fällen dem Kläger die Möglichkeit, noch einmal von Neuem zu klagen, offen bleibt. In allen übrigen, inneren Beziehungen sind sie verschieden. Dort entsteht wirkliche res judicata, wenn auch nur auf Zeit. Daraus folgt, daß, selbst wenn die Abweisung eine ungerechte war, der Kläger doch nicht sofort wieder klagen darf, sondern so lange die Frist noch läuft, durch die exceptio rei judicatae zurückgewiesen wird. Hier dagegen kommt überhaupt keine res judicata zu Stande, der Richter befaßt sich wegen Mangels der Prozeßvoraussetzung gar nicht mit dem Prozeß. Der Kläger darf daher sofort wieder mit einer neuen Klage de eadem re vorgehen und sogar, wenn der neuen Klage wieder derselbe prozessuale Mangel wie der früheren anhaftet, würde ihr keine exceptio rei judicatae hindernd entgegentreten: der Richter ist an sein früheres Dekret nicht gebunden, er kann jetzt, wenn seine rechtliche Beurtheilung inzwischen eine andere geworden ist, oder ihm andere thatsächliche Momente, die für die Zuläßigkeit des Prozesses in der angebrachten Art sprechen, vorgelegt werden, den Prozeß unbedenklich für statthaft zu erklären. Aber nicht bloß be-

züglich der materiellen Rechtskraft gehen jene beiden, von allen Prozessualisten mit einander völlig verwechselten und gründlich durcheinander gewirrten Institute auseinander. Es leuchtet ein, daß sie auch hinsichtlich der sogenannten formellen Rechtskraft, hinsichtlich der Richtigkeitsbeschwerde u. s. w. einer sehr verschiedenen Beurtheilung unterliegen müssen: Differenzen, deren nähere Bearbeitung einer besonderen Bearbeitung dieser ganzen verwahrlosten Lehre vorzubehalten ist."

Indessen muß die Ansicht Bülows, daß die Abweisung angebrachter Maßen auch schon im klassischen Recht ganz in der denegatio actionis enthalten gewesen, sehr wesentlichen Einschränkungen unterworfen werden. In vielen Fällen trifft sie zu, in vielen anderen mußte aber bei den Römern eine definitive Abweisung stattfinden, wo heute die Klage nur in der angebrachten Art abzuweisen ist. Dieser Unterschied ist durch die Verschiedenheit gesetzt, welche zwischen dem römischen und deutschen Prozeßrecht bezüglich des Prinzips der Substanziirung besteht.

Man kann, wenn man die Worte nicht zu sehr preßt, diesen überaus wichtigen, in der Literatur sehr vernachlässigten fundamentalen Unterschied dahin formuliren, daß im römischen Recht im Wesentlichen die jura, im deutschen Recht im Wesentlichen die facta in jus deduzirt werden. Eine eigentliche Substanziirung des Klageanspruchs im heutigen Sinn fand also regelmäßig in jure nicht statt, sondern nur eine vorläufige Prüfung der Rechts- und Prozeßpunkte; die speziellere Substanziirung fiel mit dem Beweisverfahren in judicio zusammen, und eine Niederlage in der ersteren hatte dieselbe Folge, wie die Beweisfälligkeit, nämlich das cadere caussa und die (definitive) Konsumtion des Rechtsanspruchs.[39]) Man wird daher sagen können, daß da, wo heute eine Klage wegen mangelhafter Substanziirung (im engeren Sinn) in angebrachter Art abzuweisen ist, im römischen Recht meistens eine definitive Abweisung stattfand, weil und insoweit jener Mangel nicht bereits bei der Erörterung in jure hervortrat und also auch nicht zur denegatio actionis führen konnte.

[39]) Ein bemerkenswerthes Beispiel ist bereits weiter oben hervorgehoben worden; die dinglichen Klagen konnten jedenfalls, ja sie mußten nach der Ansicht Mehrerer ohne expressa caussa in jus deduzirt werden. War dies geschehen, so wurde dadurch der ganze dingliche Rechtsanspruch, nicht bloß der nachher in judicio erörterte und unter Beweis gestellte Entstehungsgrund konsumirt.

Ueber dieses „insoweit" herrscht freilich noch wenig Klarheit. Daß eine Erörterung des thatsächlichen Materials (auch bei actiones mit form. in jus concepta) in jure nicht ausgeschlossen war, ist allerdings zweifellos; ebenso sicher aber auch, daß der Schwerpunkt der thatsächlichen Substanziirung erst in das judicium fiel. Ueber das Einzelne verweise ich diejenigen, welche sich näher für diese historische Frage interessiren, auf die Ausführungen Kleinschrod's,[40]) wo auch die Literatur dieser erst in neuester Zeit eingehender untersuchten Materie ausführlich mitgetheilt ist.

Auch bezüglich des Klageantrags tritt eine wesentliche Verschiedenheit zwischen römischem und deutschem Recht hervor. So unbedingt auch im ersteren die Verhandlungsmaxime und mit ihr das Verbot, ultra petitum zu erkennen, regierten, so zweifellos brauchte doch das petitum bei allen Klagen mit einer incerta intentio u. s. w. in jure nur in allgemeinen Umrissen gestellt zu werden (quidquid ob eam rem NN. AA. ex bona fide dare facere oportet, quanti ea res sit etc.[41])

Endlich ist ein bereits von Bülow[42]) gestreifter, sehr wichtiger Gesichtspunkt für die historische Entwicklung der Abweisung angebrachter Maßen, neben der Verschmelzung von jus und judicium, das gemeinrechtliche Institut der eventuellen Litiskontestation. Hiernach konnte jetzt die Abweisung angebrachter Maßen auch noch nach der Litiskontestation nachgeholt werden, obgleich materiell die Abweisung in angebrachter Art immer eine Abweisung a limine ist. Es mag hier gleich daran erinnert werden, wie die neueste Entwicklung noch weiter gegangen ist. Das jetzige Recht der C.P.O. kennt eine Abweisung a limine per decretum überhaupt nicht mehr, weil ihm jede Vorprüfung der Klage fremd ist.[43]) Mithin muß sogar die Abweisung in angebrachter Art jetzt immer durch Urtheil erfolgen, sie setzt, abgesehen vom Falle des Versäumnißurtheils (C.P.O. § 296), immer eine kontradiktorische und, — wenn nicht ausnahmsweise eine prozeßhindernde Einrede (C.P.O. § 247) vorliegt,[44]) — sogar eine,

[40]) l. c. S. 81—115.

[41]) Westerburg l. c. IX. S. 255 ff. und §§ 345—355.

[42]) Bülow a. a. O. S. 281 Not. 36.

[43]) Vgl. die Glossen des Verfassers zur C.P.O. bei Gruchot Bd. 21 S. 595 ff

[44]) Ueber den besonderen Fall des Protestes gegen die Klageänderung vgl. den Aufsatz des Verfassers in diesem Hefte.

selbstverständlich eventuelle, Verhandlung zur Hauptsache voraus. Ein plastischer Unterschied zwischen dem pure und dem in angebrachter Art abweisenden Urtheil fehlt also heute gänzlich; um so mehr müssen die innere logische und die historische Verschiedenheit beider Erkenntnißarten hervorgehoben werden.

§ 5.

Wie sich nun historisch aus den oben bloßgelegten Wurzeln das Institut der Abweisung angebrachter Maßen gemeinrechtlich entwickelt hat, soll hier nicht näher dargestellt werden. Das Ergebniß ist jedenfalls zweifellos: die Abweisung in angebrachter Art ist gemeines, unbestrittens Gewohnheitsrecht.

Dagegen muß noch ein Blick auf die eigenthümliche Entwicklung des preußischen Rechtes geworfen werden.[45])

Die Allgemeine Gerichts-Ordnung hatte bekanntlich mit der Verhandlungs- und Eventualmaxime vollständig gebrochen und an deren Stelle die Inquisitionsmaxime in den Civilprozeß eingeführt. Der Richter sollte von Amtswegen dafür sorgen, daß alle Umstände und Thatsachen, welche zur Begründung der Klage oder einer Einrede gehören, in genügender Weise dargestellt und aufgeklärt werden und sollte hierzu die Parteien ex officio mit aller Sorgfalt und unermüdet anhalten.[46]) Er war demgemäß auch durch keine Eventualmaxime gebunden, sondern konnte zu jeder Zeit bis zum Ausgang des Prozesses neue Behauptungen berücksichtigen.[47]) Ebenso durften auch die Parteien noch zu jeder Zeit ihre Anträge ändern, und nur die eine Schranke war in allen diesen Richtungen gesetzt, daß verboten war, nachträglich ein ganz neues Klagefundament in den Prozeß einzuführen.[48])

Aus allem dem folgt von selbst, daß für eine Abweisung angebrachter Maßen — welche ja lediglich auf der Verhandlungs- und daneben noch der Eventualmaxime beruht — in dem System der Allgemeinen Gerichts-Ordnung kein Raum war; denn der Richter mußte hiernach etwaige Lücken und Unklarheiten in den thatsächlichen Anführungen und Anträgen der Parteien von Amtswegen ausfüllen

[45]) Ich wiederhole im Folgenden im Wesentlichen meine Ausführungen in meiner „Abweisung“ S. 11 ff.

[46]) A.G.O. I. 10 § 2.

[47]) A.G.O. I. 10 § 3.

[48]) A.G.O. I. 10 § 5a.

oder aufklären und durfte erst dann, wenn dies geschehen, sein Urtheil abgeben.

Dementsprechend wird denn auch in der Allg. Gerichts-Ordnung eine Abweisung angebrachter Maßen gar nicht erwähnt; vielmehr heißt es im § 43 I. 13 derselben ausdrücklich, daß mit Ausnahme besonderer, hier nicht in Betracht kommender Fälle jeder Prozeß durch das Urtheil definitive entschieden werden soll.

Wenn es deshalb auch nicht von Suarez[49]) ausdrücklich bestätigt wäre, so würde dennoch nicht wohl ein Zweifel daran bestehen können, daß die Allg. Gerichts-Ordnung das Institut der Abweisung in angebrachter Art bewußter Maßen reprobirt hat.[50])

Indessen bewährte sich auch hier die alte Erfahrung, daß man das Recht nicht willkürlich durch Gesetze fabriziren kann, sondern daß es aus Nationalität, Kultur und Wirthschaft des Volks herauswächst und in den Gesetzen nur den zeitweiligen adäquaten Ausdruck zu finden hat. Die Inquisitionsmaxime paßte eben entschieden nicht zu dem Kultur- und Rechtsstande auch schon der damaligen Zeit und steht überhaupt mit der ganzen Natur unseres auf individueller Willensfreiheit basirten Privatrechts in so schreiendem Widerspruch, daß sie zwar auf dem Papier eingeführt, nicht aber in Wirklichkeit durchgeführt werden konnte. Die innere Vernunft der Dinge setzte sich durch die Praxis, d. i. das Gewohnheitsrecht, in Wirlichkeit um. Demgemäß wird denn von autoritativer[51]) Seite bestätigt, daß die Abweisung angebrachter Maßen, trotz der Allg. Gerichts-Ordnung, nach wie vor thatsächlich zu Recht bestand, und es hatte allerdings die Allg. Gerichts-Ordnung insofern eine Hinterthür für sie offen gelassen, als nach ihr der Richter wenigstens nach geschehener vollständiger Instruktion der Sache nicht mehr verpflichtet war, auf neue Thatsachen und Umstände Rücksicht zu nehmen.[52])

---

[49]) Vgl. Striethorst Bd. 75 S. 250.

[50]) Vgl. auch Arndts, Jurist. Wochenschrift, Jahrgang 1846 S. 226: „der allgemeinen Gerichtsordnung ist eine Abweisung angebrachter Maßen fremd. Und nach ihrer Grundlage konnte sie auch in dem ganzen Bau des von ihr beabsichtigten Verfahrens entbehrt werden; eine gehörige Vollziehung ihrer Vorschriften mußte den Fall, daß sie als ein wirkliches Bedürfniß herantrete, geradhin ausschließen".

[51]) Vom Ober-Tribunal in der schon öfters zitirten Entscheidung bei Striethorst Bd. 75 S. 250.

[52]) A.G.O. I. 10 § 3.

Durch die Prozeßgesetze von 1833 und 1846 über den sogenannten summarischen — d. h. den bisherigen ordentlichen preußischen — Civilprozeß gab man auch legislativ die Inquisitionsmaxime auf, indem man zu deren kontradiktorischem Gegensatz, der Verhandlungsmaxime sowie der Eventualmaxime zurückkehrte. Hiermit war aber von selbst auch die Abweisung angebrachter Maßen gesetzt; denn diese ist die nothwendige Begleiterin der Verhandlungsmaxime, die Lösung des Widerspruchs, welcher unabwendbar eintreten muß zwischen der unbedingten Urtheilspflicht des Richters einerseits und der Unmöglichkeit des logischen Urtheils bei mangelhafter Substanziirung der Klage (dies im weiteren Sinn) andererseits. „Die Abweisung angebrachter Maßen hatte also, nachdem sie lange Zeit ein zwar unentbehrliches, aber nicht gehörig legitimes Glied des preußischen Prozesses war, nunmehr nachträglich auch ihren legalen Heimathsschein, ihren gesetzlichen Boden wieder erhalten."

Selbstverständlich unterschied sich die preußische Abweisung angebrachter Maßen auch nicht im geringsten von ihrer gemeinrechtlichen Schwester. Aber schon der geschilderte Entwicklungsgang macht begreiflich, daß dieses nur halb legitime Kind hier vielfachen Anfeindungen und Mißverständnissen ausgesetzt sein mußte. Es kam hinzu, daß das preußische Recht an Bestimmungen über die res judicata äußerst arm ist,[53]) und daß diese wenigen Bestimmungen sich zudem nur auf die definitive Abweisung beziehen konnten, aber in ihrer allgemeinen Fassung Mißverständnisse geradezu herausforderten. Traten nun auch noch mißverständliche Auffassungen der römischen Konsumtionslehre hinzu,[54]) so war gar nicht anders zu erwarten, als daß die am Anfange dieses Aufsatzes (§ 2) geschilderten Irrungen in der preußischen Praxis und Theorie entstehen mußten.

## § 6.

Die C.P.O. beruht durchaus auf der Verhandlungsmaxime. Zwar ist dies Prinzip in keinem der Paragraphen der C.P.O. aus-

[53]) Sie sind zusammengestellt von Förster bei Gruchot II. S. 345. Namentlich kommen §§ 65 und 66 der Einleitung zur A.G.O. in Betracht.

[54]) Wie von Koch in der zu Note 12 zitirten Aeußerung! Dieselbe bedarf an dieser Stelle keiner Widerlegung mehr. Uebrigens ist es interessant, zu sehen, daß in ähnlichem Gedankengang Helmolt, Verhältniß der Exzepitionen zur Beweislast S. 175, sogar in Folge einer Abweisung wegen Inkompetenz eine Kon-

drücklich als solches aufgestellt, aber die Motive (S. 127) bemerken mit Recht:

„Daß der Entwurf von der Verhandlungsmaxime ausgeht, ergiebt sich aus der Struktur des Verfahrens und aus zahlreichen Einzelbestimmungen."

Wie sehr das Verfahren als Ganzes auf dem Grundsatze der Selbstthätigkeit der Parteien beruht, bedarf wohl keiner näheren Ausführung. Von den Einzelbestimmungen, die sich als Konsequenzen der Verhandlungsmaxime darstellen, tritt am meisten hervor der § 279, wonach nicht ultra petita erkannt werden darf, auch nicht auf Früchte, Zinsen und andere Nebenforderungen;[55]) es kommen aber noch eine ganze Reihe anderer Bestimmungen in Betracht, welche sich gleichfalls als Ausfluß der Verhandlungsmaxime darstellen.[56])

Daß die Verhandlungsmaxime ein Grundprinzip des neuen Civilprozesses ist, hat auch die Reichstags-Justiz-Kommission klar erkannt, indem sie in ihrem Berichte an das Plenum vom 19. Oktober 1876 sagte:

„die Kommission gab der Anerkennung der im Civilprozeß vorherrschenden Verhandlungsmaxime — — noch durch Annahme einiger Aenderungsanträge Ausdruck,"

und ebenso hat es die Wissenschaft anerkannt. Ich verweise namentlich auf die vorzügliche Ausführung von Bülow's in dieser Zeitschrift (zitirt in Note 56), ferner auf Fitting, der Reichscivilprozeß S. 72, wo als leitender Grundsatz des Verfahrens neben anderen angeführt ist:

„Die sog. Verhandlungsmaxime, d. h. der Grundsatz, daß die Gerichte bei ihren Entscheidungen an die Vorträge und Anträge der Parteien gebunden sind. An die Vorträge, d. h. sie dürfen nur diejenigen Thatsachen und Beweismittel berücksichtigen, auf welche

---

sumtion des Klageanspruchs eintreten lassen wollte. Derartigen Verirrungen ist durch die Bülow'schen Untersuchungen nun wohl für alle Zeiten vorgebeugt.

[55]) Nur über die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen. § 279 Abs. 2.

[56]) Vgl. die Zusammenstellung v. Bülow's in seinen Glossen bei Gruchot XXII. S. 100 ff. Hervorzuheben namentlich §§ 38—40 Prorogation. Vgl. dazu Westerburg, Glossen bei Gruchot Bd. 21, S. 581 ff., §§ 295, 296 (Versäumnißurtheil nur auf Antrag), § 369 Abs. 4 (Einigung auf Sachverständige), § 415 (normirter Eid), §§ 498, 499 (Begrenzung der Berufung durch die Anträge).

sich die Parteien selbst bei der Verhandlung berufen haben. An die Anträge, d. h. sie dürfen Nichts erkennen, was nicht beantragt ist, und namentlich keiner Partei mehr zusprechen, als sie selbst beantragt hat."

Das richterliche Fragerecht des § 130 C.P.O. steht mit dieser Verhandlungsmaxime keineswegs im Widerspruch, soll sie auch nicht einschränken, sondern muß sich innerhalb der durch dieselbe gestellten Grenzen bewegen. Sehr treffend sagt von Bülow a. a. O. (S. 104):

„Eine Ueberschreitung der Grenze auf das Gebiet der Untersuchungsmaxime liegt völlig außer dem Willen des Gesetzes. Unzulässig wäre daher z. B. die Verwerthung des Fragerechts zu dem Zweck, die Parteien zur Einführung neuer Thatsachen, Beweise, Angriffs- oder Vertheidigungsmittel in den Rechtsstreit zu induziren, oder die Anordnung eines Urkunden-, Augenscheins- oder Sachverständigen-Beweises zu dem Zweck, von Amtswegen Beweise über nicht vorgebrachte Thatsachen herbeizuschaffen. Ebenso groß wie das Vertrauen, welches das Gesetz dem Richter schenkt, muß die Sorge sein, es nicht zu täuschen. Die richtige Grenze wird ein verständiger Richter unschwer finden, wenn nur das Prinzip der Verhandlungsmaxime, das Dispositionsrecht der Parteien, stets lebendig in seinem Bewußtsein bleibt."

Neben dem Prinzip der Verhandlungsmaxime und im engen Zusammenhang damit steht der Grundsatz der thatsächlichen Substanziirung. Auch diese Maxime ist zwar nirgends ausdrücklich ausgesprochen, aber sie geht aus der ganzen Anlage des Prozesses hervor und findet ihren unzweideutigen Ausdruck in einer Reihe von Bestimmungen, wie: § 230 Nr. 2, wonach die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs (Klagefundament im heutigen Sinn) enthalten muß; § 240 Nr. 1, wonach es nicht als eine Aenderung der Klage anzusehen ist, wenn die (also vorausgesetzten) thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen nur ergänzt oder berichtigt werden, und wonach also die neue Einführung eines anderen faktischen Klagegrundes eine Klageänderung ist; §§ 259, 261, 264, 266, wonach überall nur Thatsachen, die vorher behauptet, festzustellen sind;

in § 284 Nr. 3, wonach jedes Urtheil einen Thatbestand enthalten muß; § 296, wonach im Fall der Versäumniß des ganzen Termins durch den Verklagten die vom Gegner behaupteten Thatsachen als zugestanden gelten; endlich besonders in § 129, wonach jede Partei sich über die vom Gegner behaupteten Thatsachen zu erklären hat.

Endlich ist auch die unbedingte Urtheilspflicht des Richters in der C.P.O. anerkannt;[57]) selbst wo Prozeßvoraussetzungen fehlen, muß der Richter durch Urtheil entscheiden (§§ 248, 249, 466); und es muß sogar der Richter jetzt auch immer durch ein formelles Urtheil befinden, da er keine Klage per decretum a limine mehr abweisen darf[58]) (vergl. § 5 in fine).

Aus der Verbindung dieser Prinzipien ergiebt sich aber, wie wir gesehen, mit zwingender Nothwendigkeit die Urtheilsgattung der Abweisung angebrachter Maßen. Sie ist die nothwendige Begleiterin der Verhandlungsmaxime, die Lösung des Widerspruchs zwischen äußerer Urtheilspflicht und innerer Urtheilsunmöglichkeit.

Mithin muß auch im Prozeß der C.P.O. die Abweisung angebrachter Maßen enthalten sein.

Allerdings ist richtig, daß die C.P.O. die Abweisung in angebrachter Art nicht ausdrücklich erwähnt. Aber daraus kann nicht auf die Verwerfung dieses Instituts geschlossen werden. Die C.P.O. erwähnt auch nicht ausdrücklich die Abweisung „zur Zeit" oder „wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs", und doch wird kein Verständiger behaupten wollen, diese Urtheilsarten seien jetzt abgeschafft, es müsse jetzt immer hier die Klage definitiv abgewiesen werden. Daß übrigens die Verfasser der C.P.O. auch keineswegs im Sinne hatten, die Abweisung angebrachter Maßen zu beseitigen, sondern sich dieselbe nach wie vor als lebendiges Recht dachten, ergiebt sich aus den Motiven, wo es S. 233 heißt:

> „der zweite Absatz des § 286 (jetzt 296) bestimmt daher mit gutem Grund, daß nur, soweit das klägerische mitgetheilte Vorbringen den Klageantrag rechtfertigt, der säumige Verklagte zu verurtheilen, soweit dies nicht der Fall, die Klage (je nach Umständen definitiv, für jetzt, in angebrachter Art) abzuweisen ist."

---

[57]) C.P.O. § 272.

[58]) C.P.O. § 233.

Der Grund, weshalb die C.P.O. die Abweisung in angebrachter Art nicht besonders erwähnt, ergiebt sich aus unserer in §§ 2—5 gegebenen Dogmengeschichte dieses Institutes. Die ganze bisherige Doktrin hat eben die Abweisung in angebrachter Art durchaus vernachlässigt und niemals sich zu einer Analyse des spezifischen Wesens angeschickt. Man schleppte sie einfach als Abart der Abweisung schlechthin mit, obgleich sie von derselben toto capite verschieden ist. So versteht sich denn von selbst auch die Vernachlässigung in der C.P.O., welche ja, wie jedes Gesetz, auf dem Stande der Wissenschaft zu ihrer Zeit beruht und aus diesem ihre Erklärung finden muß.

Positiv ausgeschlossen hat die C.P.O. die Abweisung angebrachter Maßen nirgends. Wer dies aus § 296 C.P.O. Abs. 2:

> „Soweit derselbe den Klageantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrage zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen."

nachweisen will, hat nicht nur die oben mitgetheilten Motive zu diesem Paragraphen gegen sich, sondern scheitert auch an dem Satze, daß, wer zu viel beweist, gar Nichts beweist. Denn wäre diese Auffassung des § 296 Abs. 2 richtig, so müßte z. B. auch da, wo aus dem eigenen Vorbringen des Klägers nur die Abweisung zur Zeit oder wegen Inkompetenz u. dergl. m. sich rechtfertigen würde, der Klageanspruch definitiv aberkannt werden. Dieses Resultat will aber wohl Niemand mit in den Kauf nehmen. Der § 296 Abs. 2 erklärt sich eben einfach daraus, daß hier das Wort „abweisen", wie so oft, im weiteren Sinn gebraucht ist, wonach es nicht nur die definitive Abweisung, sondern auch jene anderen Abweisungen, auch diejenige in angebrachter Art, unter sich begreift.

Wie wenig aus § 130 (Fragerecht) aber prinzipiell etwas folgt, ergiebt die Stellung, welche nach unseren obigen Ausführungen die Verhandlungsmaxime diesem Recht giebt.

Dagegen wird die Existenz der Abweisung angebrachter Maßen in der C.P.O. selbst, wenn auch nur implicite, fest gegründet durch § 293.

§ 293 der C.P.O. bestimmt nämlich in Abs. 1[59]) wörtlich:

„Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den

[59]) Abs. 2 bezieht sich auf die singuläre Kompensationseinrede.

durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist."

Durch diesen Satz sollte freilich in erster Linie die Savigny'sche Theorie von der Rechtskraft der sog. objektiven Entscheidungsgründe beseitigt werden, wie dies die Motive näher ergeben.[60]) Allein es wird durch diesen Satz und das in ihm ausgesprochene Prinzip doch auch weiter offenbar die materielle Rechtskraft eines Urtheils ausgeschlossen, das überhaupt über den durch die Klage oder Widerklage[61]) erhobenen Anspruch „nicht entscheidet." Ein solches Urtheil ist aber die Abweisung angebrachter Maßen; ihr Wesen besteht, wie oben dargethan, in der Ablehnung einer sachlichen Entscheidung, ihre praktische Bedeutung in der Ausschließung der exceptio rei judicatae.

Die C.P.O. hat also die Abweisung angebrachter Maßen nicht beseitigt, sondern setzt sie als nothwendiges Glied ihres Organismus voraus und bestätigt sie implicite. Hätte aber sogar auch die C.P.O. die Beseitigung wirklich beabsichtigt, so wäre dies doch ein vergebliches Bemühen gewesen. Denn so hoch auch die Autorität des Gesetzes steht, so kann es doch niemals etwas durchführen, was mit der inneren Vernunft der Dinge, der „Natur der Sache" in unlöslichem Widerspruche steht. Die Geschichte des preußischen Rechts hat uns ja gerade hier den besten Belag geliefert. Auch die A.G.O. hatte das Institut des „wie angebracht" abweisenden Erkenntnisses nicht aufgenommen, und hier war es wirklich bewußter Maßen und vom Standpunkte des reinen Inquisitionsprinzips auch ganz konsequent reprobirt. Da aber die Untersuchungsmaxime selbst nicht konsequent durchgeführt war und andererseits auch wieder in sich einen unlöslichen Widerspruch mit dem auf der Dispositionsfreiheit beruhenden materiellen Civilrecht enthielt, so bestand, contra legem, schon unter der Alleinherrschaft der A.G.O. die Abweisung angebrachter Maßen in allgemeiner Uebung. Die „Vernunft der Völker", dieser Urquell des Gewohnheitsrechts, ist stärker als das gewillkürte Gesetz.

Dem Praktiker ist in der That die Abweisung angebrachter Maßen auch heute noch ganz unentbehrlich. Was bleibt ihm bei

---

[60]) Vgl. von Bülow, Prozeßordn. zu § 293.

[61]) oder Kompensationseinrede.

völlig mangelnder Klarlegung des Sachverhalts, beim Fehlen nothwendiger thatsächlicher Angaben, bei verworrenen, widerspruchsvollen Anträgen andres übrig, als eine materielle Entscheidung überhaupt abzulehnen? Eine Aberkennung ist ja in solchen Fällen ebenso unmöglich und unzulässig, als eine Anerkennung, es liegt eben ein logisches non liquet vor.[62]) Freilich kann durch geeignete Benutzung des richterlichen Fragerechts (§ 130) oft geholfen werden. Aber dieses Mittel wirkt doch nur dann, wenn lediglich aus Rechtsunkenntniß,[63]) Ungeschick, Nachlässigkeit, Uebersehen u. s. w. der Partei oder des Anwalts eine thatsächliche Anführung vergessen oder sonst ein Versehen begangen ist. Und selbst in diesen Fällen hilft das Fragerecht nur unter der Voraussetzung, daß die Partei resp. der Anwalt ausreichende Antwort giebt und geben will; ein Antwortszwang existirt nicht und es weiß Niemand mehr, als der deutsche Richter, ein Lied davon zu singen, wieviel eigensinnige Trotz- und Querköpfe zwischen Mosel und Niemen zu finden sind. Andererseits giebt es aber auch verschiedene große Kategorien von Fällen, in denen das Fragerecht von Haus aus überhaupt gar Nichts helfen kann. Dahin gehören vor Allem die Prozesse, wo durch spätere Modifikationen, Restriktionen, unzulässige Klageänderungen u. s. w. prozessualisch die Sache dahin gebracht ist, daß, gerade im eigenen Interesse des Klägers und des materiellen Rechts, kein anderer Ausweg übrig bleibt, als durch Durchhauung des Knotens mittelst der Abweisung angebrachter Maßen wieder freie Bahn zu schaffen. Welchem Praktiker sind nicht derartige verzweifelte Fälle aus seiner Erfahrung nur allzu erinnerlich?! Ich gebe zu, daß in Folge des mündlichen Verfahrens und des Entfallens der Eventualmaxime für die eigentliche Verhandlung zur Hauptsache, namentlich bei einem geschickten Vorsitzenden resp. Amtsrichter, solche Konfusionen in Zukunft viel seltener als früher vorkommen werden; ausgeschlossen werden sie erst dann sein, wenn es unter Parteien und Anwälten

[62]) Beim thatsächlichen non liquet, also beim Urtheil in der Beweisinstanz, ist ein sachliches Urtheil deshalb möglich und nothwendig, weil im Civilprozeß nur das Prinzip der relativen Wahrheit gilt, also was nicht erwiesen ist, als nicht wahr gilt.

[63]) Dieselbe ist auch bei geprüften Juristen bekanntlich keineswegs ausgeschlossen. Examine rite superato ignorantia juris non nocet war ein beliebtes Motto auf den „Protokollen" des Einpaukers Joseph Schmidt.

keine Konfusionarien mehr giebt. Auch ist die Eventualmaxime doch nur theilweise beseitigt.[64]) Gerade bezüglich der Klage besteht die Ausnahme, daß das eigentliche Klagefundament in der Klageschrift enthalten sein muß; Ergänzungen und Berichtigungen sind später zulässig, aber keine neuen Einführungen; und wenn allerdings in erster Instanz ein Protest gegen die Klageänderung ausdrücklich und vor der Einlassung auf die geänderte Klage geschehen muß und in letzterer Beziehung ein Stück der Eventualmaxime zum Nachtheil des Verklagten erhalten ist,[65]) so ist ebenso andererseits unverkennbar, daß in dem wenn auch beschränkten Verbote der Klageänderung in demselben Maße ein Stück Eventualmaxime zum Nachtheil des Klägers konservirt ist.

Die Hauptgruppe der Fälle, wo die Abweisung angebrachter Maßen unentbehrlich ist, bilden aber diejenigen, wo der Umfang der thatsächlichen Begründung der Klage von der verschiedenen Rechtsansicht über das Mehr oder Minder abhängt, was in abstracto oder vielleicht auch nur in concreto zur thatsächlichen Fundirung des Anspruchs gehört, und wo die Partei resp. der Anwalt absichtlich und überlegt gerade nur diejenige Rechtsansicht durchsetzen will, welche das minus verlangt, weil das plus gar nicht oder nur schwerer oder unter der Gefahr der Provokation gefährlicher Einreden nachzuweisen ist. In diesen Fällen ist eine Abweisung in angebrachter Art gar nicht zu umgehen, wenn das Gericht zur Begründung des Anspruchs mehr verlangt, als der Anwalt; eine Ausübung des Fragerechts würde hier gar keinen Erfolg haben und sie würde auch nach der richtigen Begrenzung, die dieses Fragerecht durch die Verhandlungsmaxime finden muß, überhaupt hier nicht einmal statthaft sein.

Unsere Ansicht, daß die Abweisung angebrachter Art noch jetzt besteht, wird auch von einer ganzen Reihe von Autoritäten getheilt.

Vgl. vor Allen von Bülow: in seinen Glossen bei Gruchot Bd. 22 S. 708, und in seiner Prozeßordnung bei §§ 272, 293, 296; ferner: Fitting, der Reichscivilprozeß (3. Auflage) S. 160:

„Geht das Endurtheil nicht auf die Hauptsache ein, weil sich eine vom Beklagten vorgebrachte prozeßhindernde Einrede oder ein

---

[64]) Vgl. darüber die ausführlichen Glossen v. Bülows bei Gruchot Bd. 22 S. 106 ff.

[65]) v. Bülow a. a. O. S. 116.

schon von Amtswegen zu berücksichtigender prozeßhindernder Umstand als begründet herausgestellt hat, so wird immer nur eine einstweilige Abweisung der Klage ausgesprochen."

und in der Note 10 daselbst:

„Eine allgemeine Formel für die einstweilige Abweisung der Klage wegen eines prozeßhindernden Umstandes ist: Abweisung der Klage wie sie angebracht ist oder angebrachter Maßen. Besondere Formen der einstweiligen Abweisung sind: Abweisung „von hier" oder „von diesem Gericht", d. h. Abweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts, Abweisung „zur Zeit," d. h. wegen eines zur Zeit noch bestehenden Hindernisses, z. B. wegen einer der in C.P.O. § 247 Nr. 4, 5 bezeichneten prozeßhindernden Einreden."

Es muß nur gegen die Darstellung Fittings erinnert werden:

1) daß zwar von ihm die Abweisung angebrachter Maßen ganz richtig mit derjenigen wegen einer sog. prozeßhindernden Einrede (§ 247) auf eine Linie gestellt wird, daß aber die Fälle der letzteren das Gebiet der Abweisung angebrachter Maßen nicht im Entferntesten erschöpfen (vgl. unten § 7);
2) daß die Abweisung „zur Zeit" wegen einer sachdilatorischen Einrede von der Abweisung angebrachter Maßen durchaus zu trennen ist und zu der definitiven Abweisung gestellt werden muß (vgl. die oben in § 5 mitgetheilte Ausführung Oskar Bülow's und unten § 7.)

Auch Endemann, der deutsche Civilprozeß, statuirt unbedenklich die Abweisung angebrachter Maßen. Hervorzuheben sind namentlich folgende Bemerkungen zu § 293 (Bd. II S. 138—139):

„Was die Abweisung der Klage oder Widerklage anlangt, so ergiebt sich, daß die Entscheidung, welche abweist, ohne auf den Inhalt derselben einzugehen, also die Abweisung auf Grund einer prozeßhindernden Einrede, nicht rechtskräftig wird (§ 248). Denn soweit sie über die Einrede erkennt, ist sie überhaupt der Rechtskraft nicht fähig, und über den Grund des Anspruchs erkennt sie nicht... Was sonst die Abweisung des Klage- oder Widerklageanspruchs betrifft, so ist anzunehmen, daß sie, wenn nicht die natürliche Logik verleugnet werden soll (vgl. Bd. I. S. 488 Note 2), nicht auf Grund einer Einrede erfolgen kann, ohne daß vorher der Anspruch geprüft und begründet befunden worden ist. Wird der Anspruch definitiv abgewiesen, weil er an sich thatsächlich oder rechtlich unbegründet

oder unerweislich erfunden wurde, so kann über die Bedeutung der Rechtskraft kein Zweifel sein. Allein die Zurückweisung kann auch vielleicht nur den Sinn einer Abweisung wie angebracht, wegen ungenügender Substanziirung haben, obwohl dies bei verständiger Ausnutzung des mündlichen Verfahrens füglich selten sein wird." (Aus dem Folgenden ergiebt sich, daß Endemann aus einem solchen Urtheil keine exceptio rei judicatae hervorgehen läßt.)

Endlich ist auch ein neuer Anwendungsfall der Abweisung angebrachter Maßen zu erwähnen, der erst durch die C.P.O. gegeben ist. Hierauf macht Weismann in seiner Schrift über die Feststellungsklage[66]) aufmerksam. Die Feststellungsklage setzt ein rechtliches Interesse voraus, daß das Rechtsverhältniß oder die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde alsbald festgestellt werde. Weismann sagt nun, m. E. mit Recht (S. 161, 162):

„Das Interesse bildet nur die Voraussetzung der Prozeßantizipation; die Abweisung einer Feststellungsklage wegen mangelnden Interesses besagt nichts weiter, als daß die Voraussetzung zu der beantragten Antizipation nicht vorliegt, daß der Antizipationsantrag nicht statthaft sei; die Abweisung einer Feststellungsklage wegen mangelnden Interesses ist immer nur eine Abweisung wie angebracht. Die definitive Abweisung einer positiven Feststellungsklage kann nur darum erfolgen, weil das fragliche Rechtsverhältniß nicht bestehe, die fragliche Urkunde unecht sei, die definitive Abweisung einer negativen Feststellungsklage nur, weil das fragliche Rechtsverhältniß bestehe, die fragliche Urkunde echt sei."

## §. 7.

In einem Systeme des deutschen Prozeßrechts würde sonach die Lehre von den Endurtheilen (seien es Endurtheile im e. S., seien es Theilurtheile, welche letztere ja ebenfalls Endurtheile über einen Theil des Anspruchs oder der Ansprüche darstellen) etwa folgenden Passus enthalten müssen:

Die Endurtheile im w. S. zerfallen ihrem materiellen Inhalte nach in zwei Hauptgruppen:

---

[66]) Bonn bei Adolph Marcus. 1879. Dieses interessante Buch ist namentlich auch wegen seiner werthvollen historischen Untersuchungen sehr zu empfehlen.

1) Sie entscheiden definitiv in der Hauptsache, erkennen also den Anspruch (die Ansprüche) zu oder ab.
2) Sie verweigern eine Enscheidung in der Hauptsache resp. die Einleitung des Prozesses über die Hauptsache.

Daneben stehen als eigenthümliche Mittelgruppe

3) die zwei Fälle, wo
   a) eine prozeßhindernde Einrede verworfen wird (§§ 247, 248),
   b) ein nach Grund und Betrag streitiger Anspruch seinem Grunde nach als existent festgestellt wird (§ 276).

Zu 1. In jedem Rechtsstreite handelt es sich um die Verfolgung eines oder mehrerer Rechtsansprüche. Der einfachste Fall ist der, wenn nur Ansprüche des Klägers in Frage stehen; es können aber auch compensando oder reconveniendo Ansprüche des Verklagten geltend gemacht werden. Der Zweck des Prozesses ist bei den Präjudizial- oder Feststellungsklagen (§§ 231, 253) nur der, die bestrittenen Ansprüche in ihrer Existenz oder Nicht-Existenz festzustellen (pronuntiatio, deklaratives oder dezisives Moment). Bei allen anderen Klagen besteht daneben noch der zweite praktische Zweck der Verurtheilung des Gegners zur thatsächlichen Anerkennung, insbesondere Erfüllung, des bestrittenen Anspruchs (condemnatio, imperatives oder dispositives Moment). Daneben ist aber immer auch das erste Moment gegeben, das sogar als das eigentliche, wesentliche erscheint, obgleich häufig, namentlich bei Forderungsklagen, nur das zweite Moment, die Dispositive, äußerlich in der Urtheilsformel (dem Tenor) hervortritt. „Die beiden Momente sind (mit Ausnahme der Feststellungsklagen) immer gleichzeitig gegeben; nicht nur bei dinglichen (absoluten) Ansprüchen, wo sie sich besonders scharf trennen, sondern auch bei persönlichen (relativen) Ansprüchen. Auch hier sagt der Richter: 1) B ist dem A aus Darlehen 100 schuldig, 2) deshalb soll der B dem A 100 zahlen. Man kann sich beide Momente in dem logischen Verhältniß von Grund und Folge denken, die Verurtheilung ergeht, weil der Anspruch zugesprochen wird; es wird logisch richtiger sein, die Dispositive nur als imperative Form der Dezisive aufzufassen, die bei mehreren theils zutheils aberkannten Ansprüchen und Gegenansprüchen das praktische arithmetische Resultat zieht. Hieraus folgt nun von selbst, daß

nicht die Dispositive, sondern die Dezisive den eigentlichen Inhalt, die Substanz, des Erkenntnisses bildet."[67])

Wie nun die Dezisive jeden Anspruch positiv oder negativ feststellt, d. h. zu- oder aberkennt: so geht auch die Urtheilsformel (Dispositive) nur auf ein Doppeltes: entweder sie verurtheilt den Verklagten oder sie weist den Kläger (pure) ab. Die sog. gemischten Urtheile, wodurch zum einen Theil der Verklagte verurtheilt, zum anderen Theil der Kläger abgewiesen wird, sind keine dritte Gattung, sondern nur eine Verbindung von zu- und absprechenden Urtheilen. Auch die Ausnahme bei dem nach dem Antrag der Widerklage verurtheilenden Erkenntnisse ist nur eine scheinbare, da hier der Verklagte gleichzeitig auch Kläger ist, also zwei Prozesse mit umgekehrten Parteirollen gleichzeitig nebeneinander verhandelt werden.

Die Abweisung kann übrigens quoad tempus entweder für immer oder nur auf Zeit („zur Zeit") erfolgen, z. B. wegen einer zur Zeit des Urtheils noch laufenden Kündigungsfrist, eines bewiesenen pactum de non petendo intra certum tempus u. s. w. (exceptio dilatoria). Auch diese Abweisung zur Zeit ist aber ein materielles, im hier fraglichen Sinne definitives Erkenntniß; sie begründet daher auch die exceptio rei judicatae; nur ist deren Wirksamkeit auf einem gewissen Zeitraum beschränkt.

Zu 2. Ganz verschieden sind diejenigen Endurtheile, welche den Prozeß zwar formell zum Abschlusse bringen, aber materiell über die erhobenen Ansprüche nicht entscheiden, vielmehr eine materielle An- oder Aberkennung der Ansprüche ablehnen. Sie finden namentlich statt, wenn die sog. Prozeßvoraussetzungen nicht gegeben sind, wenn also z. B. der Gegenstand, über welchen richterliche Entscheidung begehrt wird, gar nicht zur Kompetenz der Gerichte überhaupt (Unzulässigkeit des Rechtswegs) oder des angegangenen Gerichts (sachliche oder örtliche Unzuständigkeit) gehört, oder wenn aus sonstigen Gründen in der Person des Klägers oder des Verklagten

[67]) Westerburg, Archiv für prakt. R.W. N. F. Bd. IX. S. 228. Dies gilt auch noch jetzt. Der § 293 C.P.O. verwirft nur die Rechtskraft der Entscheidungsgründe (auch der objektiven). Dagegen ist es unrichtig, anzunehmen, er wolle nur dem Tenor die Kraft der res judicata beilegen. Der Tenor ist vielfach ganz farblos und überhaupt nur ein äußerliches Moment; es entscheidet der Inhalt des Urtheils, zu dessen Erkennung freilich der Tenor die nächste Quelle bildet, aber keineswegs die einzige. Dahin sind die Ausführungen v. Bülow's, Proz.-Ordn. zu § 293 zu berichtigen. Savigny, System VI. S. 301 ff.

der Rechtsstreit überhaupt oder zur Zeit nicht möglich ist oder nicht aufgenommen zu werden braucht. Hierher gehören namentlich die Fälle des § 247, wo ausnahmsweise das Prinzip der eventuellen Einlassungspflicht in der Richtung durchbrochen ist, daß der Verklagte das Recht hat, zunächst die Frage, ob überhaupt die Prozeßvoraussetzungen vorliegen, zur abgesonderten Entscheidung zu bringen. Diese sog. prozeßhindernden Einreden erschöpfen aber keineswegs das Gebiet der Abweisung in der angebrachten Art. Die letztere hat vielmehr ihre häufigste Anwendung da, wo eine innere logische Unmöglichkeit zur Urtheilsfällung wegen mangelhafter Substanziirung vorliegt. (Dieses Wort in dem weiteren Sinne genommen, wo es alle Fälle unter A in § 3 begreift). Hier darf der Verklagte nicht die (eventuelle) Einlassung auf die Hauptsache weigern; es giebt keine exceptio libelli obscuri, inepti u. s. w.; aber das schließliche Urtheil lehnt auch hier jedes Eingehen auf die Sache selbst ab. Materiell kann also von einer wirklichen Entscheidung nicht die Rede sein, einer exceptio rei judicatae fehlt jeder Boden. Aber formell liegt ein reguläres Erkenntniß vor, das der formellen Rechtskraft, der Anfechtung durch die regulären Rechtsmittel u. s. w. unterliegt, und es ist hervorzuheben, daß auch diese Abweisung angebrachter Maßen immer nur durch ein End- (resp. Theil-)urtheil erfolgen muß, da eine Abweisung der Klage per decretum (a limine) durch die C.P.O. ausgeschlossen ist.

Zu 3. Die zwei folgenden Fälle haben die Eigenthümlichkeit, daß sie materiell ein Zwischenurtheil darstellen, formell, in Beziehung auf Rechtsmittel und Kosten, aber die Natur eines Endurtheils haben:

a) wenn eine prozeßhindernde Einrede verworfen, also die Pflicht zur Einlassung auf die Hauptsache ausgesprochen wird,
b) wenn das Gericht bei einem Anspruch zunächst in quali entscheidet und durch diese Entscheidung den Anspruch positiv feststellt.

In beiden Fällen gilt noch die Besonderheit, daß das Gericht alsbald, ohne die Rechtskraft abzuwarten, auf Antrag anordnen kann, daß alsbald zur Hauptsache resp. in quanto weiter zu verhandeln sei.[68])

[68]) § 248. § 276 Abs. 2.

## Nr. 8.

# Eidesversäumniß und Verhandlungsversäumniß.

Zu § 430 der Deutschen Civilprozeßordnung.

Von dem Herrn Amtsrichter Voß in Bergen.

---

Die Motive zur Civilprozeßordnung rechtfertigen den § 430 des Gesetzes:

„Erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine nicht, so ist auf Antrag ein Versäumnißurtheil dahin zu erlassen, daß der Eid als verweigert anzusehen sei"

mit Rücksicht auf die in § 312 Abs. 2[1]) gegebene Vorschrift:

„War ein Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt, so beschränkt sich das Versäumnißverfahren und das Versäumnißurtheil auf die Erledigung dieses Zwischenstreits"

und bei Begründung der letzteren.[2]) Sie sprechen es überdies ausdrücklich aus, daß der Entwurf das Verfahren, welches die Leistung eines Parteieneides betrifft, in Ansehung des säumigen Schwurpflichtigen als einen Zwischenstreit betrachte. Zugleich aber geben sie zu erkennen, daß in § 430 über die Vorschrift des § 312 Abs. 2 hinausgegriffen werde.

Worin besteht nun dieses Hinausgreifen? Augenscheinlich in der Nichteinhaltung des Grundsatzes, daß das Versäumnißurtheil stets denjenigen Streitstoff erledigt, zu dessen Erörterung der vom Gegner des Antragstellers versäumte Termin bestimmt war; also in Ansehung der Hauptsache, wenn der Termin zur Verhandlung der Hauptsache dienen sollte, und innerhalb der gegebenen Grenzen, wenn die Verhandlung, sei es wegen gesetzlicher Vorschrift oder in Gemäßheit zulässiger, im Voraus getroffener richterlicher Anordnung auf einen Theil des Streitstoffes sich beschränken mußte.

Die Regel selbst ist im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen. Aus den Motiven ist sie jedoch mit Sicherheit zu entnehmen. Die

---

[1]) § 302 Abs. 2 des Entwurfs von 1874, welcher letztere in Folgendem, soweit nicht ein anderer Entwurf genannt, immer gemeint ist.

[2]) S. 236 ff.

Motive[3]) bemerken nämlich, daß wenn der Verhandlungstermin lediglich einen Zwischenstreit betrifft, das Versäumnißverfahren und das Versäumnißzwischenurtheil nicht weiter reichen, als der Zwischenstreit, und daß das Versäumnißzwischenurtheil den Zwischenstreit unter sinngemäßer Anwendung der §§ 295 ff. entscheide.

Der § 430 bildet nicht die einzige Ausnahme der gedachten Regel. Auch § 217 enthält eine solche in der Bestimmung des Absatz 2 verbunden mit Absatz 4:

> Wird die Aufnahme (des Verfahrens) verzögert, so können die Rechtsnachfolger zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache geladen werden.
>
> Erscheinen die Rechtsnachfolger in dem Termine nicht, so ist auf Antrag die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen und von dem Gerichte durch Versäumnißurtheil auszusprechen, daß das Verfahren von den Rechtsnachfolgern aufgenommen sei. Eine Verhandlung zur Hauptsache ist erst nach Ablauf der Einspruchsfrist, und, wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist, erst nach dessen Erledigung statthaft.

Die Motive haben das hier vorgesehene Versäumnißurtheil, durch welches festgestellt wird, daß das Verfahren von den Rechtsnachfolgern aufgenommen sei, nicht als ein Versäumnißzwischenurtheil bezeichnet. Auch der Verfasser der Glossen zur Civilprozeßordnung in dieser Zeitschrift[4]) gedenkt dieser Art des Versäumnißzwischenurtheils nicht. Dessenungeachtet kann nicht wohl bezweifelt werden, daß das fragliche Urtheil ein Zwischenurtheil ist, und zwar ein solches, welches unter den Parteien ergeht, indem es die geschehene Vollziehung des Personenwechsels ausspricht, welcher die Veranlassung zu dieser Entscheidung bietet. Wäre in dem berührten Falle der Grundsatz der §§ 295 ff., insbesondere des § 312 Abs. 2 rein zur Anwendung gekommen, so wäre für den Einschnitt, durch welchen der § 217 das Versäumnißverfahren auf einen Theil des möglichen Verhandlungsstoffes beschränkt, kein Raum gewesen. Entweder hätte der Gegner den Rechtsnachfolger des andern Theils lediglich zur Aufnahme des Verfahrens geladen — dann hätte das Versäumnißverfahren in Gemäßheit des § 312 Abs. 2 auf die Feststellung der

---

[3]) a. a. O. S. 236.

[4]) Jahrgang 22 S. 829.

Aufnahme des Verfahrens sich beschränken müssen, ohne daß die der Hauptverhandlung hinderliche Spezialbestimmung des § 217 erforderlich war. Oder die Ladung hätte sich auf die Wiederaufnahme des Verfahrens und zugleich auf die Verhandlung zur Hauptsache bezogen — dann erledigte das Wiederaufnahmeverfahren sich durch das in der Hauptsache gegen den Rechtsnachfolger ergehende Versäumnißurtheil. Das Gesetz hat dies durch die Fassung des § 217 insofern mittelbar anerkannt, als es für den Fall, daß der Rechtsnachfolger zugleich zur Wiederaufnahme des Verfahrens und zur Hauptsache geladen ist, eine ausdrückliche und ausführliche Bestimmung für nothwendig erachtet hat, um den von ihm beabsichtigten Einschnitt hervortreten zu lassen. Hiermit übereinstimmend rechtfertigen die Motive[5]) die Beschränkung des Versäumnißverfahrens nicht aus der Natur der Sache, sondern aus Zweckmäßigkeitsgründen.

§ 430 giebt ebenfalls zu der Wahrnehmung Gelegenheit, daß das Versäumnißurtheil nicht den gesammten zur Verhandlung stehenden Streitstoff erledigt. Dies gilt nicht bloß dann, wenn der Termin für die Eidesleistung zugleich zur Verhandlung der Hauptsache angesetzt war, sondern auch dann, wenn der Termin wesentlich die Eidesleistung zum Gegenstande hatte, also wenn ein bedingtes Endurtheil durch Eidesleistung vor dem Prozeßgerichte zu erledigen ist.

In diesem Falle ist der Termin zwar hauptsächlich, aber nicht lediglich zur Eidesleistung bestimmt, denn er hat die Erledigung des bedingten Endurtheils zum Ziele und wird bei normalem Verlaufe der Sache durch bedingungsloses Endurtheil abgeschlossen, nur im Falle der Eidesversäumniß durch Zwischenurtheil.

Das Gesetz hat eine ausdrückliche Anordnung über die Beschränkung des Versäumnißverfahrens auf die in § 430 vorgesehene Feststellung nicht getroffen, eine solche also nicht für nothwendig erachtet, und hiermit anerkannt, daß diese Beschränkung schon durch Anlage und Zweck des § 430 ohne Weiteres gegeben sei. Wenn also dieser § über das Grundprinzip des Versäumnißverfahrens hinausgreift, daß das Versäumnißurtheil gerade soweit reicht, wie die Versäumniß, welche der betreffenden Partei zur Last gelegt werden kann, so ist hierin eine nothwendige Folge seines Inhaltes zu erblicken. Aber der eigentliche Zweck des § 430 ist mit der Bemerkung, daß er über

[5]) a. a. O. S. 176.

die Vorschrift des § 312 Abs. 2 hinausgreife, noch nicht zum entscheidenden Ausdrucke gelangt. Der Zweck jener Bestimmung besteht vielmehr darin, daß für den Fall der Versäumniß eines zur Eidesleistung bestimmten Termines besondere Versäumnißfolgen aufgestellt, und daß folgeweise die ohne diese Sonderbestimmung eintretenden allgemeinen Versäumnißfolgen ausgeschlossen werden sollen.

Es handelt sich demnach in § 430 um eine spezielle Durchbrechung der allgemeinen Regel des § 209 Abs. 1:

„Einer Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumung bedarf es nicht; dieselben treten von selbst ein, sofern nicht das Gesetz einen auf Verwirklichung des Rechtsnachtheils gerichteten Antrag erfordert."

Die nachstehende Auseinandersetzung wird versuchen, dies deutlich zu machen.

Auch das in den §§ 295 ff. der C.P.O. geordnete Versäumnißverfahren bildet eine umfassende Ausnahme von der in § 209 enthaltenen Regel. Das Gebiet ihrer Anwendung umschließt jedoch die Eidesversäumniß nicht derart, daß der § 430 lediglich als eine folgerungsweise Entwickelung jenes Verfahrens durch Hinabsteigen vom Allgemeinen zum Besonderen sich darstellt. Der § 430 hat zwar durch die Form des Versäumnißurtheils denjenigen Vorschriften sich angeschlossen, welche in dem dritten Titel des über das Verfahren vor den Landgerichten handelnden Abschnittes gegeben sind. Aber diese Entlehnung hat nicht zugleich die Folge nach sich gezogen, daß die Eidesversäumung zu einem Parteiverhalten geworden ist, welches als Grundlage des Versäumnißverfahrens an die Stelle des gewöhnlichen, durch die §§ 295 ff. vorausgesetzten Nichterscheinens oder Nichtverhandelns tritt. Die Eidesversäumniß bleibt vielmehr ein Beispiel prozessualischer Unthätigkeit, hinsichtlich deren die Anwendung des Versäumnißverfahrens nach §§ 295 ff. in selbständiger und von der Gestaltung des Vorbildes unabhängiger Weise möglich ist.

Die Civilprozeßordnung selbst hat nirgends hervorgehoben, daß der § 430 mit den Voraussetzungen, auf denen das Versäumnißurtheil nach §§ 295 ff. ruht, eine engere Verbindung hat, als diejenige, welche durch die Gleichartigkeit der Form gegeben ist. Die Motive hingegen haben durch die Bemerkung, „das Gesetz betrachte das die Eidesleistung betreffende Verfahren in Ansehung des säu-

migen Schwurpflichtigen als einen Zwischenstreit", den Gedanken nahegelegt, der § 430 könne als eine Modifikation des in den §§ 295 ff. geordneten Versäumnißverfahrens in ähnlicher Weise aufgefaßt werden, wie dies in Betreff der vorher besprochenen Bestimmungen des § 217 zulässig erscheinen muß. Die bejahende Antwort würde wegen bezüglicher Gründe nicht durchaus in Verlegenheit sein. Sie könnte auf die Vergleichsnatur des Eides sich berufen, um, soweit der Eid in Betracht kommt, auch vor Eintritt eines bedingten Endurtheils den Rechtsstreit den regelmäßigen nach §§ 295 ff. eintretenden Folgen der Versäumung zu entziehen. Hierbei könnte sie darauf hinweisen, daß regelmäßig die Parteien über Erheblichkeit und Norm eines durch Beweisbeschluß aufzuerlegenden Eides einverstanden sein müssen. Endlich könnte das in § 217 Abs. 2 u. 4 entwickelte Verfahren geradezu als leitendes Vorbild benutzt werden.

Es würde also der Umstand, daß ein Theil des Rechtsstreites von der Leistung oder Nichtleistung eines Eides abhängig ist, eine erhebliche Einschränkung des Versäumnißverfahrens nach sich ziehen. Soweit der Eid auf die Entscheidung des Rechtsstreites von Einfluß sein könnte, soweit müßte er in Betracht gezogen werden, dergestalt, daß der durch den Eid berührte Theil des Rechtsstreits vor Abschluß des besonderen, die Eidesleistung betreffenden Verfahrens, namentlich also auch vor Ablauf der gegen das Versäumnißurtheil zu gewährenden Einspruchsfrist oder vor Erledigung eingelegten Einspruchs durch ein Endurtheil überhaupt nicht aus der Welt geschafft werden könnte.

Prüft man jedoch die vorhin aufgeführten Gründe, so ergiebt sich, daß dieselben nicht Stich halten. Das Gesetz hat nirgends die Vergleichs- oder Urtheilsnatur des Eides betont, sondern den Eid durchweg als Beweismittel behandelt. Die Motive geben hierüber zuverlässigste Gewißheit. Einverständniß über Erheblichkeit und Norm des Eides sind ferner zwar regelmäßige, aber keineswegs wesentliche Vorbedingungen für eine durch Beweisbeschluß anzuordnende Eidesabnahme. Sie sind zur Verhütung entbehrlicher Eide bestimmt, nicht aber im Zusammenhange mit der übrigens nur dem zugeschobenen, nicht dem richterlichen Eide zukommenden Vertragsnatur aufgestellt worden.

Wollte man nichtsdestoweniger daran festhalten, daß die Versäumniß eines zur Eidesleistung bestimmten Termins eine Modifi-

lation derjenigen Versäumniß darstellt, welche die Grundlage des regelmäßigen, nach §§ 295 ff., § 312 Abs. 2 ergehenden Versäumnißurtheils bildet, so würde man folgeweise zu der Annahme genöthigt sein, daß die Versäumung der Eidesleistung mit der durch §§ 295 ff. und § 312 Abs. 2 betroffenen Versäumniß der Art nach übereinstimmen. Diese Annahme ist aber unzulässig. Die beiden nebeneinander gestellten Beispiele der Versäumung gleichen sich nur darin, daß die Entscheidungsform des Versäumnißurtheils auf sie angewandt worden ist; sie sind im Uebrigen selbständige, koordinirte Fälle der prozessualischen Unthätigkeit, welche einander gegenseitig nicht näher stehen, als den gleichfalls auf Versäumnißfolgen bezüglichen Vorschriften der §§ 208 f. und 332 Abs. 1.

Die §§ 295 ff. der Civilprozeßordnung beziehen sich auf eine, nach bestimmten Merkmalen abzugrenzende Art der Versäumung, welche als Verhandlungsversäumniß bezeichnet werden kann und der Kürze halber in der Folge bezeichnet werden wird. Das Versäumnißurtheil, welches dem betreffenden Titel als Ueberschrift dient, setzt voraus, daß der Termin, welcher verabsäumt worden, ein Verhandlungstermin, und daß dasjenige, was als Gegenstand der Verabsäumung aufzufassen, die Verhandlung gewesen ist.

Was unter einem Verhandlungstermin zu verstehen sei, erhellt aus § 297. Nicht bloß der erste zur Verhandlung der Hauptsache anberaumte Termin, sondern jeder Termin, welcher vor oder nach dem Erlasse eines Beweisbeschlusses für die Verhandlung der Hauptsache dient, kann durch Versäumnißurtheil erledigt werden. Die Möglichkeit der Versäumung erlischt erst mit dem Abschluß der Sache durch Theilurtheil oder, wenngleich nur bedingtes, Endurtheil[6]), jedoch

[6]) Vgl. auch Fitting, Reichscivilprozeß § 57, Text zu Note 4, verbunden mit § 36 III. am Ende (1. Aufl.). Auch das in § 427 Abs. 2 vorgesehene Endurtheil, durch welches ausgesprochen wird, daß die durch ein vorhergegangenes Endurtheil festgestellte Bedingung der Verurtheilung oder Klageabweisung eingetreten sei, verwirklicht gegen den nicht erschienenen Gegner des Schwurpflichtigen Versäumnißfolgen. Aber dieses Endurtheil ist kein Versäumnißurtheil im Sinne der §§ 295 ff; die Versäumnißfolgen, welche in dem Endurtheile aus § 427 Abs. 2 ihren spezifischen Abschluß finden, sind nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 208, 209 zu bestimmen. Insbesondere ist zu bemerken, daß das Endurtheil aus § 427 Abs. 2 nicht auf Grund eines in contumaciam für geleistet zu erachtenden Eides ergehen kann. Vgl. hierzu dasjenige, was in Anm. 13 zum Schlusse ausgeführt ist.

nicht durch die Erlassung von Zwischenurtheilen, selbst wenn solche in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheile angesehen werden. Prozeßleitende Verfügungen sind regelmäßig ungeeignet, dem Versäumnißverfahren ein Ziel zu setzen. Nur dann, wenn zur Verhandlung eines Zwischenstreits ein besonderer Termin anberaumt wird, ist die Beschränkung des Versäumnißverfahrens auf die Grundlage einer richterlichen Anordnung zurückzuführen.

In § 217 handelt es sich nicht sowohl um eine Beschränkung des Versäumnißverfahrens, welches die Hauptsache betrifft, als vielmehr um die Entscheidung einer durch den Tod des bisherigen Gegners zur Entstehung gekommenen Vorfrage.

In Ansehung des Versäumnißverfahrens, wie solches nach den §§ 295 ff. geordnet ist, gleicht also regelmäßig ein Termin der betreffenden Instanz dem andern. In jedem Termin ist „Verhandlung" möglich, in jedem kann sie unter den nämlichen Rechtsnachtheilen verabsäumt werden. Auf die Frage, was verhandelt ist, kann es nicht ankommen, denn für die Anwendung der §§ 295 ff. ist lediglich die Gewißheit darüber maßgebend, ob verhandelt ist oder nicht.

Unter dem Begriffe „Verhandlung" ist demnach im Sinne der § 295 ff. alles das zu verstehen, was in einem Verhandlungstermin zur Sache vorgebracht werden kann: die beliebige Handhabung des Streitstoffes innerhalb der durch das Gesetz, oder, soweit zuläßig, durch den Richter gezogenen Grenzen. Verhandlungsversäumniß ist also Unterlassung einer solchen Handhabung des Streitstoffes.

Die Verhandlungsversäumniß ist Unterlassung einer Parteienthätigkeit. Eine Person, welche am Rechtsstreit nicht prozeßführend betheiligt ist — die nicht prozeßfähige oder nicht zur Prozeßführung berechtigte Partei, der Zeuge, der Sachverständige, der Dolmetscher — können einer Verhandlungsversäumniß sich nicht schuldig machen.

Die Verhandlungsversäumniß ist ferner Versäumung jeder Parteienthätigkeit. Wer erscheint und verhandelt, d. h. nach seiner Absicht zur Sache spricht, hat verhandelt, er kann einer Verhandlungsversäumniß nicht mehr sich schuldig machen, gleichviel, ob er vollständig oder unvollständig verhandelt hat. Sobald die Frage erheblich wird, ob eine Partei mit einem bestimmten, inhaltlich bezeichneten Vorbringen ausgeschlossen sei, ist die Antwort nicht mehr aus §§ 295 ff., sondern aus anderen Vorschriften der Civilprozeßordnung zu entnehmen. Das selbständig von der säumigen Partei

vorzutragende Material wird durch die Bestimmung des § 208 beziehungsweise § 209, die Erklärung auf gegnerisches Vorbringen durch besonders vorgesehene Ausschlußnachtheile betroffen.

Betrachtet man mit Rücksicht auf das Ausgeführte die Eidesleistung, so ist sofort erkennbar, daß sie nicht „Verhandlung" im Sinne der §§ 295 ff. genannt werden kann. Die Eidesleistung ist kein Beispiel freier, im Voraus inhaltlich nicht zu begrenzender Handhabung des Streitstoffes, sondern sie bezieht sich auf ein inhaltlich von dem übrigen Streitstoffe abgesondertes Parteivorbringen. Sie setzt nicht voraus, daß der Handelnde Prozeßführer, Partei in dem betreffenden Prozesse oder auch nur prozeßfähig sei; sie ist ihrer Natur nach ein Akt der Beweisaufnahme, bei welchem die Partei als Auskunftsperson thätig werden kann, ja regelmäßig thätig wird, bei welchem aber die Partei, soweit nicht ein anderes ausdrücklich zugelassen,[7]) auf das Genaueste an die durch den Richter vorgeschriebene Formel gebunden ist.[8])

Dementsprechend ist die Versäumung der Eidesleistung nicht Verhandlungsversäumniß, sondern eine Vereitelung der Beweisaufnahme, deren Folgen in Ermangelung anderweitiger Vorschriften nach §§ 208, 209 und § 332 Abs. 2 zu beurtheilen sein würden. Hat die Civilprozeßordnung das die Eidesleistung betreffende Verfahren für den Fall der Säumniß zu einem Streitverfahren und zwar zu einem Zwischenstreite gestaltet, so läßt sich doch erwarten, daß der verfolgte Zweck ein anderer nicht geworden sei: daß es auch bei diesem Zwischenstreite lediglich um die Herbeiführung von Versäumnißfolgen sich handle, deren Grundlage eine bestimmte, in ihrer Trennung von dem anderweitigen prozessualischen Verhalten der Partei betrachtete Unterlassung bildet.

Diese Annahme bestätigt sich, wenn wir untersuchen, wie die Eidesversäumniß in ihrer Eigenschaft als Grundlage eines Streites und zwar eines Zwischenstreites zu den Bestimmungen der §§ 295 ff. sich verhält.

Die erste Voraussetzung jedes Urtheils, insbesondere also auch eines Versäumnißzwischenurtheils ist Streit, und zwar Streit unter den Parteien, da die Ausnahmsform des Zwischenstreits, bei welchem

---

[7]) C.P.O. §§ 431, 446.

[8]) C.P.O. § 444.

eine Prozeßpartei und ein Dritter betheiligt sind, hier außer Betrachtung bleibt.

Nun ist die Eidesleistung ihrer Natur nach kein Gegenstand des Streites unter den Parteien. Die Eidesabnahme ist ein Akt der Beweiserhebung, durch welchen die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache begründet werden soll. Diese Ueberzeugung gewinnt der Richter für sich — judici fit probatio — nicht um durch seine Ueberzeugung auf die Ansichten der Parteien über Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache einzuwirken. Zur Feststellung der richterlichen Ueberzeugung bedarf es keiner Entscheidung, welche die Parteien binden soll. Im Falle der Eidesleistung ist also für ein Streitverfahren kein Raum gegeben. Das Nämliche gilt von der ausdrücklich oder durch zureichende Zeichen erklärten Eidesweigerung, da auch diese dem Gerichte unverzügliche Gewißheit verschafft. Nur dann, wenn der Eid weder geleistet noch erklärtermaßen verweigert ist, kann die Frage, ob der Eid für verweigert zu erachten sei oder nicht, unter den Parteien zum Gegenstande eines Streites gemacht werden. In Ansehung der versäumten Eidesleistung ist also Entscheidung durch Urtheil möglich. Auch diese Möglichkeit wird ausgeschlossen, wenn, wie nach unserem gegenwärtigen Prozeßrecht, die versäumte Eidesleistung der erklärten Eidesweigerung gleichwerthig an die Seite tritt; sie entsteht erst, wenn, wie zuerst in dem Entwurfe zur Civilprozeßordnung von 1872 geschehen ist, die Eidesversäumung zu einer selbständigen Form prozessualischen Verhaltens entwickelt wird.

Die Versäumniß besteht in dem Nichterscheinen des Schwurpflichtigen in dem für die Eidesleistung bestimmten Termin.

Der Termin muß für die Eidesleistung bestimmt sein. Die entsprechende Anordnung ist Sache des Richters, Termine, welche von Gesetzeswegen zur Ableistung eines Parteieneides bestimmt sind, giebt es nicht. Der Termin braucht nicht lediglich für die Eidesleistung bestimmt zu sein, ist vielmehr, wenn er vor dem Prozeßgerichte stattfindet, stets auch für den Betrieb der Sache zu verwenden.

Ist der Termin vor dem Prozeßgerichte anberaumt, so ergeht die Ladung an die Partei — im Anwaltsprozeß an den Anwalt — nicht an den von der Person des Prozeßführers verschiedenen

Schwurpflichtigen. Nur vor den beauftragten oder ersuchten Richter wird der Schwurpflichtige in Person geladen, während eine Ladung der Parteien hierbei nicht erfolgt, wenigstens nicht vorgeschrieben ist.[9])

Der Termin muß von dem Schwurpflichtigen versäumt werden. Ob die mit dem Schwurpflichtigen nicht identische Partei, zu deren Gunsten der Eid geleistet werden soll, im Termin erscheint, ob und welche Erklärungen sie in dem Termine abgiebt, bleibt für die Versäumniß des Schwurpflichtigen außer Betracht. Insbesondere kann die Partei das Versäumnißurtheil nicht dadurch abwenden, daß sie rechtzeitige Benachrichtigung des Schwurpflichtigen von dem Termine nachweist. Der mit der Partei, zu deren Gunsten der Eid geleistet werden soll, nicht identische Schwurpflichtige steht vielmehr, was die Versäumniß anbetrifft, völlig als ein Vertreter der Partei da: seine Eidesleistung nützt der Partei, seine Weigerung schadet ihr, sein Verschulden ist ihr Verschulden.

Die Versäumniß ist vollendet, sowie der Schwurpflichtige in dem anberaumten Termine nicht erschienen ist. Der Eidesversäumniß ist nicht ein entsprechendes negatives Verhalten des Schwurpflichtigen an die Seite zu setzen, wie dem Nichterscheinen das Nichtverhandeln gleichsteht. Der erschienene Schwurpflichtige ist nicht als säumig im Sinne des § 430 zu behandeln, wenn er den Eid nicht leistet. Ebensowenig wird er nach §§ 208, 209 mit der Eidesleistung ausgeschlossen, denn durch den bloßen Ausschluß würde dem Richter kein Anhalt für seine Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu beschwörenden Thatsache verschafft. Es bleibt vielmehr dem Richter überlassen, das Verhalten des erschienenen Schwurpflichtigen, welcher den Eid nicht leistet oder ausdrücklich verweigert, nach den Umständen des besonderen Falles zu würdigen. Gleichgültig ist, ob andere Zwecke als die Eidesleistung den Schwurpflichtigen veranlassen konnten, im Termine zu erscheinen. Sowie er nach dem Aufruf zur Sache sich meldet, oder sowie seine Anwesenheit auf Betreiben des Gegners zur Sache festgestellt wird, ist er verpflichtet, sich zu erklären, ob er sofort oder ob er überhaupt nicht schwören wolle. Die Erklärung des Schwurpflichtigen, daß er

---

[9]) Meyer, Prozeßgang nach der Civilprozeßordnung S. 24 Note 2 des Separatabdrucks.



Versäumnißurtheil erwarte, wird unbedenklich der Eidesweigerung gleich zu achten sein.

Die Nachholung der versäumten Eidesleistung ist nach Abs. 2 des § 209 zulässig, so lange nicht der Antrag auf Versäumnißurtheil gestellt und die mündliche Verhandlung über diesen Antrag geschlossen ist. In der Regel wird daher die Nachholung, wie bei versäumter Verhandlung, mit dem Schlusse des Termins, in welchem der Eid zu leisten war, unmöglich werden. War hingegen der Termin vor einem beauftragten oder ersuchten Richter anberaumt, so kann zwar die Nachholung noch in dem nächsten, zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termin erfolgen, jedoch, wenn der Schwurpflichtige nicht selbst Prozeßführer ist, nur so, daß die Partei zur Nachholung durch den Schwurpflichtigen sich erbietet. Die Eidesleistung erfordert alsdann, da der Termin zur Eidesleistung nicht bestimmt ist, prozessualische Mitwirkung der interessirten Partei. Das Ausbleiben der letzteren wird die Eidesleistung unthunlich machen, wenngleich der Schwurpflichtige in Person erscheinen sollte.

So lange die Einspruchsfrist läuft, bleibt die Wirkung des Versäumnißurtheils in der Schwebe; die Feststellung, welche es enthält, kann der weiteren Entscheidung der Sache nicht zum Grunde gelegt werden.[10]) Da der Ausspruch, daß der Eid für verweigert zu erachten, seiner Natur nach nicht vollstreckbar ist, so hält der Lauf der Einspruchsfrist die weitere Entscheidung auch im Urkunden- und Wechselprozesse auf, in welchem übrigens sowohl Versäumnißendurtheile, als kontradiktorische Zwischenurtheile ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können (§ 648 Nr. 4).

Wird Einspruch eingelegt, so muß der Einsprechende den Gegner zur Verhandlung laden. Es liegt auf der Hand, daß dies nicht nothwendig die Verhandlung zur Hauptsache sein muß. Ist bereits bedingtes Endurtheil erlassen, so ist Verhandlung zur Hauptsache

[10]) Seuffert, Komm. zur C.P.O. S. 501 ff. erkennt an, daß dieser Aufschub nicht bloß durch die Motive, sondern auch durch den Willen des Gesetzgebers gerechtfertigt werde — da man andernfalls zugeben müsse, daß ein kontradiktorisches Endurtheil auf einem mittelst Einspruchs anfechtbaren Unterbau ruhe. Ein andrer Grund, welcher nach unsrem Dafürhalten den Willen des Gesetzes noch entschiedener hervorhebt, liegt darin, daß eine Feststellung, welche als Grundlage eines anderen Urtheils nur unter der Voraussetzung, daß sie endgültig sei, gedacht werden kann, durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung die Bedeutung eines Provisoriums erhalten hat.

schlechthin unmöglich; dient der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreits, so genügt unter Anwendung des § 312 Abs. 2 die Ladung zur Verhandlung über den Zwischenstreit. Die Ladung zur Eidesleistung, d. h. ad videndum jurare ist als rein monitorische Ladung unzureichend. Eine besondere Erwähnung bedarf auch die Eidesleistung in der Ladung nicht, da kraft Gesetzes durch die Erhebung des Einspruchs die Sache in diejenige Lage zurückversetzt wird, in welcher sie vor Eintritt der Versäumniß sich befand, so daß der Termin in dem für den Einsprechenden günstigeren Falle, wenn der Einspruch zugelassen wird, als zur Eidesleistung bestimmt erscheint.

Ein zweites Versäumnißurtheil, zur Verwerfung des Einspruchs, findet nur dann statt, wenn die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif ist. Liegt z. B. ein bedingtes Endurtheil vor, so tritt an die Stelle des zweiten Versäumnißurtheils das Endurtheil, welches seinerseits kein Versäumnißurtheil im Sinne der §§ 295 ff. ist.

Es zeigt sich also, daß die Eidesversäumniß die zunächst für die Verhandlungsversäumniß bestimmten Formvorschriften der §§ 295 ff. in durchaus selbständiger Weise sich aneignet. Ihre Probe besteht diese Wahrnehmung, wenn die Eidesversäumniß als Grundlage eines Zwischenstreites, also im Verhältnisse zur Entscheidung der Hauptsache, aufgefaßt wird.

Wird in der Hauptsache kontradiktorisch verhandelt, so würde, wenn die Eidesleistung ein gewöhnlicher Zwischenstreit im Sinne der Civilprozeßordnung wäre, die Eidesversäumniß unter Anwendung der §§ 208 und 299 den Rechtsnachtheil des Ausschlusses nach sich ziehen. Das Urtheil könnte darnach so ergehen, wie es der Fall sein müßte, wenn der Eid nicht geleistet und nicht mehr zu leisten, also für verweigert zu erachten wäre. Bis zum Urtheile würde jedoch, soweit die Eidesleistung noch erheblich wäre, das Anbieten derselben jederzeit zuzulassen sein, wenn nicht die Eigenschaft der Eidesabnahme als einer Beweiserhebung in Betracht käme. Dieser Gesichtspunkt würde die Anwendung des § 332 Abs. 2 fordern, also die Nachholung der Eidesleistung an die Voraussetzungen knüpfen, daß entweder durch sie das Verfahren nicht verzögert werde, oder aber, daß die Partei glaubhaft mache, daß der Schwurpflichtige ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, in dem früheren Termine zu erscheinen.

Es liegt indeß auf der Hand, daß eine reine Anwendung des

§ 332 Abs. 2 auf den Fall der Eidesversäumniß nicht möglich, da es nicht sowohl auf das Verschulden der Partei, als auf das Wollen oder Nichtwollen der Schwurpflichtigen als solchen ankommt. Der Fall der Eidesversäumniß fordert jedenfalls einen für ihn besonders bestimmten Rechtsnachtheil, und zwar einen solchen, welcher sowohl an Stelle der Ausschlußfolgen unvollständigen Verhandelns als der Versäumnißnachtheile vereitelter Beweisaufnahme zu treten hat.[11]) Die Motive haben die entsprechende Bedeutung des in § 430 vorgesehenen Rechtsnachtheiles anerkannt, indem sie bemerken, das Versäumnißurtheil müsse erfolgen, um die Folgen[12]) der Versäumung — daß der Eid als verweigert anzusehen sei — eintreten zu lassen.

Ist in der Hauptsache der Gegner des Schwurpflichtigen säumig, so ist wohl kein Zweifel darüber möglich, daß die im Prozeß vertretene Partei, welche den Schwurpflichtigen zu gestellen hat, Versäumnißurtheil zur Hauptsache beantragen kann, gleichviel, ob der Schwurpflichtige selbst den Eid leistet, ihn verweigert oder den Termin versäumt.

Auch das dürfte unzweifelhaft sein, daß der Gegner der Partei, welche den Schwurpflichtigen zu stellen hatte, im Falle des Einspruchs gegen das zur Hauptsache erlassene Versäumnißurtheil zunächst nur zur Verhandlung der Hauptsache, nicht aber mit der Wirkung laden kann, daß der betreffende Termin als ein zur Eidesleistung bestimmter im Sinne des § 430 gilt.

Ist hingegen in der Hauptsache diejenige Partei, welche den Schwurpflichtigen zu stellen hat, unvertreten, so entsteht nun die Frage, ob Versäumnißurtheil zur Hauptsache oder Versäumnißzwischenurtheil aus § 430 beantragt werden kann bezw. muß, und ob etwa beide Arten der Versäumniß neben einander geltend gemacht

---

[11]) Die Motive S. 237 sprechen zwar allgemein aus: Soweit das Ausbleiben der Partei im Falle des § 322 (332 des Ges.) die Beweisaufnahme verhindert, z. B. wenn dieselbe von einer dem Beweisführer obliegenden Handlung abhängig ist, trifft die Partei die allgemeine Folge der Versäumung (§§ 201, 202 [208, 209 des Ges.]). Auf den Fall, wenn die Beweisaufnahme lediglich von dem Thun einer Partei abhängt, wie dies bei der Eidesleistung der Fall ist, hat diese Bemerkung sich aber wohl nicht bezogen.

[12]) Nicht: Folge. Die Mehrzahl weist wohl auf die Ueberschrift des vierten Titels in Buch I. Abschnitt 3 hin, die parenthetische Hinzufügung aber darauf, daß hier nicht eine von mehreren möglichen Versäumnißfolgen, sondern die spezifische Folge der Eidesversäumniß gemeint ist.

werden können. Daß Versäumnißurtheil zur Hauptsache beantragt werden kann, daß also durch die Möglichkeit des Versäumnißurtheils aus § 430 jenes Endurtheil nicht ausgeschlossen ist, scheint eine durch die ganze Anlage des Versäumnißverfahrens gebotene Annahme zu sein. Der Kläger bedarf nur des Vortrags der Klagethatsachen, der Verklagte überhaupt keines Vortrags zur Sache (im materiellen Sinne des Worts), um gegen den nicht erschienenen oder nicht verhandelnden Gegner das Versäumnißverfahren durchzuführen. Es ist nicht abzusehen, wie der Antragsteller, sei es als Kläger oder als Verklagter, in der Ausnutzung jener Vorbedingungen dadurch behindert sein sollte, daß der Gegner zur Leistung eines Eides geladen ist. Auch die Motive zur Civilprozeßordnung stimmen hiermit überein, wenn sie aussprechen:

> Ein Versäumnißurtheil kann ergehen, wenn der Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt war. Dies ist im Zweifel immer der Fall, auch wenn der nächste Zweck des Termins die Aufnahme eines Beweises betraf. (§§ 287, 322, 325.)

Es kann auffallen, daß neben den gedachten Paragraphen, welche den Paragraphen 297 bezw. 332 und 335 der Civilprozeßordnung entsprechen, der § 413, welcher im Gesetze als § 430 sich wörtlich wiederfindet, weggelassen ist. Jedoch darf aus diesem Umstande allein ein Beweis gegen die Zulässigkeit des Versäumnißurtheils zur Hauptsache nicht entnommen werden.

Ein Grund für den Ausschluß des Versäumnißurtheils zur Hauptsache ließe sich gewinnen, wenn man den Satz aufstellen könnte: Soweit die Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache von der Leistung oder Nichtleistung eines Eides abhängt, kann ein Versäumnißurtheil nicht auf Voraussetzungen gebaut werden, welche dem durch Leistung oder Nichtleistung des Eides sich ergebenden Beweise vorgreifen. Zwar würde dieser Satz nicht dahin führen, daß der eidesweigernde Beklagte gehindert wäre, ein Versäumnißurtheil gegen den Kläger zu beantragen, da die dem abweisenden Versäumnißurtheil zum Grunde liegende Annahme des Verzichts auch mit dem Zugeständnisse sich verträgt, welches in der Eidesweigerung liegt. Hingegen würde die Möglichkeit beseitigt, daß, etwa im Anwaltsprozesse, der Beklagte im Versäumnißverfahren zur Bezahlung eines Darlehns verurtheilt werden könnte, dessen Empfang er eben zuvor eidlich abgeleugnet hat.

Der vorgedachte Satz läßt sich jedoch nicht aufrecht erhalten. Ist die Beweisaufnahme überhaupt nicht von Einfluß auf Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Versäumnißurtheils, so liegt auch in der eben berührten Möglichkeit kein Grund, der Eidesleistung, der Eidesweigerung oder gar der Eidesversäumniß einen größern Einfluß auf die in der Hauptsache vorliegende Versäumung zuzugestehen. Auch hier entscheidet die Erwägung, daß die strengen Folgen der totalen Versäumung und das Versäumungsurtheil selbst im Grunde nur eine provisorische Bedeutung haben und als sachlicher Zwang zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites vor dem erkennenden Gerichte wirken, hingegen erst dann, wenn Einspruch nicht erhoben wird, einen absoluten Karakter annehmen. Vor dieser in den Motiven ausgesprochenen Auffassung des Versäumnißurtheils verliert das erörterte Bedenken seine Kraft.

Einen andern Grund hat Seuffert[13]) gegen die Zulässigkeit des Versäumnißurtheils zur Hauptsache bei konkurrirender Eidesver-

---

[13]) Kommentar zur C.P.O. S. 503. Seuffert scheint anzunehmen, daß die Eidesversäumniß, welche mit einer gleichzeitigen Verhandlungsversäumniß zusammentrifft, durch den Wortlaut des § 430 zur ausschließlichen Quelle des zu beantragenden Versäumnißurtheils gemacht werde, während für den Fall, daß ein vor dem beauftragten oder ersuchten Richter anberaumter Eidestermin versäumt worden ist, die Wahl unter den konkurrirenden Versäumnißurtheilen durch den im Texte angegebenen Grund ausgeschlossen wird.

Da Seuffert selbst zugiebt, daß vor dem Prozeßgerichte lediglich zur Eidesleistung bestimmte Termine nicht vorkommen (S. 501), andrerseits aber nicht aufklärt, wie der zur Eidesleistung bestimmte Verhandlungstermin (im Sinne des § 297) den Versäumnißfolgen der §§ 295 ff. entzogen werde, so ist nur der im Texte angezogene Grund als in seinem Sinne durchschlagend behandelt worden.

Zu § 332 erörtert Seuffert den Fall, daß Kläger zu schwören habe und schwört, alsdann aber Versäumnißurtheil zur Hauptsache beantragt, und führt aus, daß das Versäumnißurtheil auf die Unterstellung des Zugeständnisses (nicht des geführten Beweises) gebaut werden müsse. Warum ist denn die Unterstellung des Zugeständnisses unzulässig, wenn Beklagter zu schwören hat, aber nicht schwört?

Seuffert geht bei Erörterung des Falles freilich von der Voraussetzung aus, daß der Eid nicht durch Beweisbeschluß, sondern durch bedingtes Endurtheil auferlegt sei. Es hat sich hier aber wahrscheinlich ein Irrthum eingeschlichen. Denn wenn ein bedingtes Endurtheil vorliegt, so ist der zur Erledigung des Endurtheils anzuberaumende Termin keinenfalls ein Verhandlungstermin im Sinne des § 297, ein Versäumnißurtheil aus § 296 also unmöglich.

Würde an der betreffenden Stelle (S. 397 Zeile 24 von oben) der Voraussetzung des bedingten Endurtheils die Voraussetzung substituirt, daß der Eid

säumung geltend gemacht. Er ist der Ansicht, daß, wenn Versäumnißurtheil aus §§ 295 ff. ergangen und durch Einspruch angefochten sei, die Nachholung der Eidesleistung nur nach den Grundsätzen des § 332 Abs. 2 zugelassen werden dürfe. Auch er scheint also anzuerkennen, daß die Verhandlungsversäumniß nicht deswegen ungerügt bleiben müsse, weil es der Natur der Eidesversäumniß widerstreben würde, das Versäumnißurtheil zur Hauptsache zuzulassen. Er hält vielmehr dafür, daß die Erlassung eines Versäumnißurtheils auf Grund unterbliebener Verhandlung zu einer Unbilligkeit gegen die schwurpflichtige Partei führen müsse, welche vom Gesetze nicht gewollt sei: zu der Unbilligkeit nämlich, daß die Nachholung der Eidesleistung nunmehr nur unter den lästigeren Bedingungen des § 332 Abs. 2 möglich sei, während sie einem Versäumnißurtheil aus § 430 gegenüber schlechthin statthaft sein würde. Aber diese Unbilligkeit ist ein Trugbild. Enthält der § 430 in der That, wie oben auszuführen versucht worden, die spezifischen, an die Eidesversäumung geknüpften Rechtsnachtheile, so schließt er die Anwendung andrer Rechtsnachtheile, folgeweise auch die Anwendung des § 332 Abs. 2 auf den Fall der Eidesversäumung schlechthin und unter allen Umständen aus. Wie anfechtbar übrigens die Ansicht Seufferts ist, läßt auch daraus sich abnehmen, daß sie mit ganz dem nämlichen Gewichte geltend zu machen wäre, wenn die Nachholung einer durch Versäumnißurtheil aus § 430 ausgeschlossenen Eidesleistung im Falle eingelegten Einspruchs in Frage stände. Gilt der Eid für nicht versäumt, wenn ein Einspruch der letzteren Art eingelegt ist, um wie viel weniger kann er dann für versäumt gelten, wenn das spezifische Ausschlußurtheil überhaupt nicht ergangen ist!

Die hier befürwortete Auffassung bringt es mit sich, daß der neue, auf eingelegten Einspruch zur Verhandlung über die Hauptsache angesetzte Termin nicht benutzt werden kann, um nunmehr die im vorigen Termin vernachlässigten Folgen der Eidesversäumniß zu realisiren. Zwar wird die Sache in die Lage zurückversetzt, in der sie vor Eintritt der Versäumniß sich befand, aber es wird hierdurch nicht ohne Weiteres der Verhandlungstermin zu einem für die Eidesleistung bestimmten Termin, er kann dies schon aus dem Grunde nicht werden,

---

durch Beweisbeschluß auferlegt sei, so würden die angeregten Bedenken verschwinden und zugleich der Fall unter c) den unter a) und b) erörterten Fällen sich entsprechend anschließen.

weil die gegentheilige Beschaffenheit des versäumten Termins für die Erlassung des Versäumnißurtheils bedeutungslos gewesen ist.

Hierdurch kann eine weitere Verschleppung der Sache herbeigeführt werden. Aber die Möglichkeit dieser Verschleppung beweist nichts gegen die Richtigkeit des Ausgeführten, sondern nur, daß die betreffende Partei zu erwägen hat, ob ihr das Versäumnißurtheil aus §§ 295 ff. oder desjenigen aus § 430 förderlicher sei.

Darüber, daß der Gegner des Säumigen die Wahl zwischen dem Versäumnißurtheile aus § 430 und dem Versäumnißurtheile zur Hauptsache habe, kann kein Zweifel obwalten; denn dadurch, daß der Gegner nicht verhandelt, hört der betreffende Termin nicht auf, zur Eidesleistung bestimmt zu sein.

Aber beide Arten der Versäumniß können nicht neben einander gerügt werden. Zwar bestimmt § 332 Abs. 1:

> Erscheint eine Partei oder erscheinen beide Parteien im Termine nicht, so ist die Beweisaufnahme gleichwohl in so weit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen kann,

welche Bestimmung auch auf eine vor dem Prozeßgericht stattfindende Beweisaufnahme zu beziehen ist.[14]) Aber auf Grund dieser Vorschrift ist die gleichzeitige Rüge der Verhandlungsversäumniß und der Eidesversäumniß nicht zu rechtfertigen. Die angeführte Anordnung betrifft die Offizialthätigkeit des beweiserhebenden Richters, ist hingegen nicht anwendbar für eine erst auf Antrag, wenn auch Beweises halber, vorzunehmende Feststellung. Wollte man das Gegentheil annehmen, dann könnte man aus jener Anweisung zugleich eine Pflicht für den Gegner des zum Schwure Verbundenen herleiten, den Antrag auf Versäumnißurtheil aus § 430, welchen er auf Grund seiner Anwesenheit stellen kann, wirklich zu stellen; denn nur unter Voraussetzung dieser Pflicht würde die aus § 430 ergehende Beweisfeststellung das Gepräge einer von dem Betriebe der Partei unabhängigen, einer Offizialthätigkeit bewahren.

Derartige Deduktionen verbieten sich jedoch von selbst. Die Entscheidung aus § 430 ist nicht Beweisaufnahme, sondern Urtheil. Nun hat aber das Gericht über den zur Zeit des Urtheils erheblichen Prozeßstoff zu entscheiden; ist daher ein Endurtheil möglich, so kommt ein Zwischenurtheil nicht mehr in Frage, auch wenn das

---

[14]) Kommissions-Protokolle S. 125.

Endurtheil ein Versäumnißurtheil ist. Die Partei andererseits, welche Versäumnißurtheil beantragt, kann ihren Vortrag nicht dergestalt trennen, daß er aufhört, ein einheitliches Ganzes zu sein; sie kann nicht begehren, daß eine und die nämliche Thatsache gleichzeitig als zugestanden bezw. zurückgezogen und als von dem Gegner bezw. ihr selbst bestritten, also beweisbedürftig in Betracht gezogen werde.

Die Wahl des Versäumnißantrags aus §§ 295 ff. schließt demnach die Rüge der Eidesversäumniß, letztere jenen aus; beidenfalls unbeschadet der Zulässigkeit eines Versäumnißurtheils, dessen Grundlage den Gegenstand der Eidesleistung unberührt läßt.

Das Versäumnißzwischenurtheil aus § 430 verhält sich also zur Versäumniß in der Hauptsache abweichend von dem Versäumnißzwischenurtheil, welches aus § 217 möglich ist. Jenes läßt die Wahl des Versäumnißurtheils zur Hauptsache offen, dieses nicht; jenes wird durch die Verhandlung der schwurpflichtigen Partei zur Hauptsache nicht entbehrlich, dieses wird gegenstandlos, wenn der Rechtsnachfolger zur Hauptsache verhandelt. Die Gründe für diese Unterschiede hängen damit zusammen, daß § 430 eine Bestimmung über besondere Versäumnißfolgen trifft, das Versäumnißzwischenurtheil aus § 217 hingegen die Rüge der Verhandlungsversäumniß modifizirt.

---

## Nr. 9.

## Die Begründung der Interventionsklage auf Herausgabe abgepfändeter Mobilien.

Von Herrn Gerichts-Assessor Dr. v. Glasenapp in Berlin.

---

Unter Exekution versteht man die zwangsweise Realisirung eines vollstreckbaren Anspruches durch die öffentliche Gewalt.

Je nach dem Inhalte dieses Anspruches sind die Bedingungen und Wirkungen, die Mittel und Wege der Zwangsvollstreckung verschieden geartet. Man unterscheidet dementsprechend Exekution auf Zahlung einer Geldsumme, auf Herausgabe einer Sache, auf persönliche Leistungen oder Unterlassungen.

Der praktisch wichtigste Fall der Exekution ist die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, sofern dieselbe durch Abpfändung beweglicher Sachen bei dem Schuldner vollzogen wird.

Nach §§ 674, 708, 712 C.P.O. wird die Pfändung behufs

Befriedigung des Gläubigers durch den Gerichtsvollzieher im Auftrage des Gläubigers bewirkt.

Diese Thatsache der Abpfändung allein kann nicht die Wirkung haben, bereits bestehende, wohlerworbene Rechte Dritter auf das Exekutionsobjekt zu beseitigen und aufzuheben. Schon nach allgemeinen Grundsätzen muß daher die Geltendmachung solcher Ansprüche behufs Erzwingung der Freigabe des Exekutionsobjektes zulässig erscheinen. Ihre prozessualische Durchführung erfolgt im Wege des sog. Interventionsprozesses.

Die Interventionsklage wird sich aber im einzelnen Fall verschieden gestalten, je nachdem der Intervenient lediglich die Existenz eines ihm zustehenden dinglichen Rechtes an der fremden Sache behauptet (z. B. Nießbrauchrecht, Pfandrecht); oder sofern er die abgepfändete Sache in ihrer Totalität für sich beansprucht und demgemäß ihre Herausgabe fordert.

Der letztgedachte Fall ist in der Praxis von vorwiegender Bedeutung und bildet den Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

Die Natur der Interventionsklage ist in neuerer Zeit mehrfach — insbes. auch in diesen Beiträgen — nach verschiedenen Richtungen hin eingehend behandelt worden. Bei der praktischen Tragweite und bei der theoretischen Bedeutung der einschlägigen Fragen dürfte es jedoch nicht unangemessen erscheinen, im Folgenden auf den gedachten Gegenstand noch einmal zurückzukommen und die verschiedenen Möglichkeiten der Substanziirung von Interventionsklagen auf Freigabe abgepfändeter Mobilien ausführlicher zu erörtern. Wir werden uns dabei im Wesentlichen auf die Darstellung des preußischen Rechtes beschränken.

Bevor wir jedoch an die Besprechung unseres Themas herantreten, wird es zunächst erforderlich sein, genau festzustellen, welche Veränderungen in der rechtlichen Lage des Pfandobjektes durch die Thatsache der exekutivischen Abpfändung hervorgebracht werden, insbesondere welche Rechte der Exekutionssucher an dem abgepfändeten Gegenstande erlangt.

## § 1.

## Die rechtliche Bedeutung der Abpfändung.

Nach römischem Rechte erzeugte die Abpfändung im Wege der Spezialexekution ein pignus in causa judicati captum. Ueber das

Wesen und die Bedeutung desselben herrscht Streit. Insbesondere ist neuerdings — im Anschluß an Savigny — behauptet worden, daß eine derartige Abpfändung, ohne dem Gläubiger ein Pfandrecht zu verschaffen, lediglich das Pfandobjekt der Verfügung des Schuldners entziehe.[1]) Demgegenüber hat indeß die herrschende Ansicht[2]) — welche auch in den Aussprüchen der Quellen eine unseres Erachtens entscheidende Stütze findet[3]) — von jeher daran festgehalten, daß durch die pignoris capio ein pignus im eigentlichen Sinne des Wortes, ein wirkliches Faustpfand zu Gunsten des Gläubigers konstituirt werde.

Einen direkt entgegengesetzten Standpunkt nahm das neuere preußische Recht hinsichtlich der vorliegenden Frage ein. Durch die Konkursordnung vom 8. Mai 1855 war das in § 5 A.L.R. I. 20, und in § 447 A.G.O. I. 50 anerkannte Recht des Extrahenten auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Pfändungsobjekte sowohl innerhalb wie außerhalb des Konkurses aufgehoben, und damit die bisherige pfandrechtliche Wirkung der Exekution beseitigt worden[4]), so daß sich die pignoris capio nach preußischem Recht im Wesentlichen nur noch als eine arrestatorische Maßregel behufs Einschränkung der Verfügungsfähigkeit des Schuldners karakterisirte.

[1]) Savigny, Besitz 7. Aufl. S. 294, insbesondere Dernburg, Pfandrecht I. § 53; Windscheid, Pandekten I. § 233; Olshausen, Einsprüche in der Exekutionsinstanz S. 13 ff; v. Schroeter im Archiv f. Civil- und Prozeßrecht II. 233; Boß in Bd. XXIII. S. 247 dieser Beiträge.

[2]) Donellus, Comm. ad VIII. 22 Cod.; Cujacius ad VIII. 22 Cod; Keller, Pand. § 197; Arndts, Pand. § 373; Sintenis, Civilrecht S. 644; Göschen, Civilrecht § 336; Bruns, Besitz S. 7; Muther, Sequestration und Arrest S. 303; Bayer, Prozeß S. 1109; v. Bethmann-Hollweg, Civilprozeß II. § 115; insbesondere Stölzel, zur Lehre vom Faustpfand im Arch. f. civil. Praxis 45, 372; Hahn, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen II. 450, 1025. Die vorstehende Aufzählung dürfte ergeben, daß sich Boß im Irrthum befindet, wenn er S. 247 l. c. behauptet: „Die neuere gemeinrechtliche Theorie" sei dem Vorgange Dernburgs gefolgt.

[3]) l. 7 D. 42, 1; l. 2 C. 8, 18; l. 1 C. 8, 23. Ein weiteres Eingehen auf diese jetzt nur noch rechtshistorische Frage liegt außerhalb unserer Aufgabe.

[4]) Die Motive sagen ausdrücklich: „Gemeinrechtlich findet in diesen Fällen ein wirkliches Pfandrecht, pignus judiciale, statt. Es darf jedoch weder ein Pfandrecht noch ein Vorzugsrecht zugelassen werden". Vgl. Entscheidungen des Ober-Trib. 44, 247. — Ueber den Rechtszustand vor der Konkurs-Ordnung vgl. das Gutachten der Gesetzkommission bei Mathis VII. 245; Meibom, Archiv f. civil. Praxis 52, 295; Olshausen l. c. S. 22 ff.

Mit dem Inkrafttreten der Reichs-Justizgesetze hat aber der seitherige Rechtszustand eine durchgreifende Veränderung erfahren.

Die Civilprozeßordnung läßt im § 709 den Gläubiger „durch die Pfändung ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande“ erlangen. Wie die Motive ergeben[5]), und wie § 709 Abs. 2 bestätigt, ist dieses Pfandrecht als Faustpfandrecht konstruirt. Es wird gemäß § 712 dadurch erworben, daß der Gerichtsvollzieher die im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen in Besitz nimmt.

Schon aus dem Zusammenhang der §§ 709 und 712 dürfte sich ergeben, daß der Gerichtsvollzieher vom Gesetz bei Ausführung der Exekution als beauftragter Stellvertreter des Extrahenten angesehen wird.

Durch die Beschlagnahme seitens des Gerichtsvollziehers erlangt der Exekutionssucher den zur Konstituirung des Faustpfandes erforderlichen Pfandbesitz.[6]) Dementsprechend wird im § 674 ausdrücklich anerkannt, daß der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung — und somit auch die Abpfändung — „im Auftrage“ des Gläubigers zu bewirken habe. Auch die weiteren Bestimmungen der §§ 675, 716, 720 setzen die Existenz eines Mandatsverhältnisses zwischen dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher voraus und sind lediglich als Konsequenzen dieses Verhältnisses aufzufassen.[7])

Zwar ist gegen die vorstehend entwickelte Ansicht geltend gemacht worden, daß sie der amtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers und dem öffentlichen Karakter der Zwangsvollstreckung widerspreche. Indeß dürfte dieser Einwurf kaum begründet sein. Allerdings funktionirt der Gerichtsvollzieher — wie Westerburg mit Recht hervorhebt — bei Ausführung der Exekution als staatlicher Beamter; aber sein Auftreten ist nichts desto weniger an die Ertheilung eines Auftrages seitens der Partei gebunden, seine Thätigkeit wird durch den Willen der Partei bedingt, er handelt im Interesse der Partei

---

[5]) Hahn, Materialien zu den Reichs-Justiz-Gesetzen II. S. 450.

[6]) Sarwey und Thilo, Kommentar zur C.P.O. II. S. 186; insbesondere Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze S. 275; Seuffert, C.P.O. S. 741.

[7]) Struckmann und Koch, Kommentar S. 599.

und für dieselbe, und somit auch als deren Mandatar, wenngleich als ein mit öffentlicher Autorität bekleideter Mandatar.[8]) —

Was nun den Inhalt und die materielle Wirkung des Exekutionspfandrechtes anbetrifft, so enthält die Civil-Prozeß-Ordnung in dieser Beziehung — abgesehen von den Bestimmungen des § 709 — keine speziellen Vorschriften. Demgemäß müssen die diesbezüglichen in den einzelnen Rechtsgebieten rücksichtlich des Faustpfandrechtes überhaupt geltenden Rechtsnormen auf das Exekutionspfand analoge Anwendung finden.[9]) Insbesondere ist dieser Gesichtspunkt auch bei Beurtheilung der durch die Abpfändung erzeugten Veränderung in den Besitzverhältnissen als maßgebend festzuhalten. —

I. Was zunächst das gemeine Recht betrifft, so sprechen die Quellen dem Faustpfandgläubiger ausdrücklich den juristischen Besitz der verpfändeten Sache zu.[10]) Der Faustpfandgläubiger erlangt nicht allein die Detention des pignus, er sukzedirt auch nicht etwa in den Besitz des Verpfänders, er erwirbt vielmehr den vollen, selbständigen, vom Besitz des Verpfänders unabhängigen juristischen Besitz.[11]) Andrerseits geht dem Verpfänder durch die Pfandbestellung die possessio verloren; nur zum Zweck der Usukapion wird er auch fernerhin als Besitzer behandelt. Allerdings erscheint jener „abgeleitete Besitz“ [12]) des Pfandgläubigers als eine historisch erklär-

---

[8]) Ich verweise in dieser Hinsicht auf die eingehenden Erörterungen Westerburg's in Bd. XXIV. dieser Zeitschrift; vgl. auch Stölzel, Archiv für c. P. 45, 372; Endemann, der Deutsche Civilprozeß III. 154.

[9]) Dies ist in § 709 Abs. 2 für das Verhältniß zu anderen Gläubigern ausdrücklich gesagt, gilt aber, soweit nicht besondere Gründe entgegenstehen, nach allen Richtungen hin. Mandry l. c. S. 275. Auch die Motive sprechen sich dahin aus, Hahn II. 450; Petersen, Civilprozeßordnung II. 633; Seuffert, Civilprozeßordnung S. 735.

[10]) l. 16 D. de usurp. 41, 3; l. 1 § 15, l. 36 D. de acq. v. a. p. 41, 2; Savigny, Besitz S. 293; Rudorff im Rechtslex. II. 48 ff.

[11]) Er erlangt somit den Besitz auch dann, wenn der Verpfänder resp. der Exequendus lediglich Detentor war. Dernburg, Privatrecht II. 50 ff.

[12]) Ueber die begriffliche Konstruktion des „abgeleiteten“ Besitzes herrscht bekanntlich Streit. Die im Text vertretene Ansicht Dernburgs (Pfandrecht II. 50—57) wird m. E. durch l. 14 § 3 D. 44, 3 und l. 16 D. 41, 3 entscheidend unterstützt. Da die folgende Untersuchung sich in erster Linie auf das preußische Recht beschränkt, so kann von einer weiteren Erörterung dieser gemeinrechtlichen Kontroverse abgesehen werden.

bare Abweichung von den sonstigen Prinzipien der römisch-rechtlichen Besitzlehre. Dieser Umstand allein kann jedoch die folgerechte Anwendung des einmal anerkannten Rechtssatzes auch auf das als Faustpfand karakterisirte pignus judiciale nicht ausschließen.[13])

II. Nach preußischem Recht hat der Faustpfandgläubiger — und somit auch der Exekutionssucher — nach § 117 A.L.R. I, 20: „alle Rechte und Pflichten eines unvollständigen Besitzers." Als unvollständiger Besitzer wird aber in § 6 A.L.R. I. 7 derjenige bezeichnet „wer eine Sache zwar als fremdes Eigenthum, aber doch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam übernommen hat."

Hieraus dürfte sich Folgendes ergeben: Durch die Abpfändung wird die abgepfändete Sache der Verfügung des Exequenden entzogen. Sie geht aus der Gewahrsam des Schuldners in die Gewahrsam des Gerichtsvollziehers über und wird von diesem im Auftrage und in Stellvertretung des Extrahenten als unvollständigen Besitzers detinirt.[14]) Dagegen bleibt der Exequendus — anders wie im gemeinen Recht — auch nach der Pfändung vollständiger, d. h. Eigenthumsbesitzer,[15]) sofern er überhaupt vor der Pfändung die Sache mit dem animus rem sibi habendi besaß. Anders gestaltet sich das Sachverhältniß, wenn der Schuldner das Pfändungsobjekt lediglich für einen Dritten detinirte. In diesem Fall muß der Dritte den Besitz durch die Abpfändung und im Momente der Abpfändung verlieren. Denn der Gläubiger besitzt das Exekutionsobjekt durch den Gerichtsvollzieher, kraft seines Rechtes, ausdrücklich nur für den Exequenden, und der Wille des Exequenden selbst ist für die abgepfändete Sache in keiner Weise mehr maßgebend. Der Dritte befindet sich nicht mehr in der Lage „selbst oder durch Andere über die Sache zu verfügen."[16]

---

[13]) Das Nämliche galt für das pignus in causa judicati captum des römischen Rechts. Die Uebertragung des Sachbesitzes an den Extrahenten fand hier übrigens auch in dem geschichtlichen Zusammenhange der pignoris capio mit der legisactio per pign. cap. eine wesentliche Stütze. Bruns, Besitz im Mittelalter S. 7.

[14]) Vgl. Mandry l. c. S. 275aa.

[15]) Hierin beruht der wesentliche Unterschied des unvollständigen und abgeleiteten Besitzes. Dernburg, Privatrecht (2. Aufl.) I. S. 324; Förster, Privatrecht (3. Aufl.) III. S. 20.

[16]) A.L.R. I. 7 §§ 1, 3.

Endlich ist hervorzuheben, daß sich nach gemeinem wie nach preußischem Recht das Pfändungspfandrecht des Gläubigers auf das bisherige Recht des Exequenden an der abgepfändeten Sache stützt, in gleicher Weise, wie auch das Pfandrecht des vertragsmäßigen Pfandinhabers von dem Rechte des Pfandbestellers abhängig ist.[17]) Ein über das dingliche Rechtsverhältniß des Exequenden hinausgehendes, selbständiges dingliches Recht an dem Exekutionsobjekt kann für den Extrahenten durch die Abpfändung allein nicht begründet werden.

Ebendeshalb muß es dem Berechtigten gestattet sein, das an der abgepfändeten Sache ihm gebührende Recht[18]) auch dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber mittelst des sog. Interventionsprozesses zur Geltung zu bringen.

Das römische Recht erkannte diese Konsequenz in gleicher Weise an, wie das preußische Recht.[19]) Auch die deutsche Civilprozeßordnung bestimmt ausdrücklich:

> § 690: „Behauptet ein Dritter, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe, so ist der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage geltend zu machen."

## § 2.

## Die Begründung der Interventionsklagen im Allgemeinen.

Die Herausgabe einer bestimmten Sache kann von dem derzeitigen Besitzer entweder auf Grund eines direkten Herrschaftsverhältnisses bezüglich der Sache selbst oder auf Grund einer obligatorischen Berechtigung gegenüber dem Verklagten in Person, mit-

---

[17]) Vgl. Windscheid, Pandekten I. § 230, l. 2, 4, 6, 8 C. si al. res pign. 8, 16; Förster, Privatrecht III. S. 393, A.L.R. I. 20 § 15.

[18]) Das Rechtsverhältniß, in welchem der Intervenient (vor der Abpfändung) zu dem Pfandobjekte stand, ist die Grundlage seines Interventionsanspruches. Die Interventionsklage ist nichts anderes, als die prozessualische Geltendmachung dieses Rechtes gegen den Extrahenten, als Pfandbesitzer. Bezüglich der in dieser Hinsicht von Voß (Bd. XXIII dieser Beiträge) entwickelten Ansicht verweise ich lediglich auf die Erörterungen Kühne's (XXIII. S. 503 ff. dieser Beiträge) und Westerburg's (S. 870 ff. das.).

[19]) l. 14 § 4 D. 42, 1; A.G.O. I. 24 §§ 75, 77.

hin durch eine dingliche oder durch eine persönliche Klage gefordert werden.

Im ersteren Fall ist wiederum zwischen possessorischen und petitorischen Klagen zu unterscheiden, sofern „nur die Verletzung eines bisherigen Besitzstandes behauptet," oder sofern „ein Recht geltend gemacht wird, welches die Grundlage des bisherigen Besitzstandes bildete." (Förster, Kl. u. Einrede S. 20).

Da wir nun im Folgenden die verschiedenen Möglichkeiten der Begründung von Interventionsansprüchen zu erörtern haben, so sind die oben erwähnten Rechtsmittel sämmtlich rücksichtlich ihrer Verwendbarkeit für den gedachten Zweck von uns zu prüfen.

Wir werden demgemäß untersuchen, ob die Herausgabe einer abgepfändeten Sache:

I. auf dem Wege des Possessorienprozesses,

II. mittelst einer dinglichen resp. Besitzrechtsklage,

III. vermöge einer obligatorischen Klage

erzwungen werden könne, eventuell: wie eine dahin gehende Klage im Einzelnen zu substanziiren sei.

Es ist jedoch schon hier darauf hinzuweisen, daß die Beantwortung dieser Fragen durch das bisherige rechtliche Verhältniß des Exequenden zur abgepfändeten Sache beeinflußt wird. Dieses Verhältniß kann im Wesentlichen ein zweifaches sein. Einerseits ist es möglich, daß der Exequend die betr. Sache bis zum Momente der Abpfändung als eine fremde für den Intervenienten (auf Grund eines Depositum ꝛc.) detinirte. Andrerseits ist es möglich, daß er sie bisher als eine eigene bona oder mala fide, justo oder injusto titulo besaß. Beide Fälle sind im Folgenden zu berücksichtigen.

## § 3.

## I. Die possessorischen Rechtsmittel.

Das römische Recht gewährte — wenigstens der herrschenden Ansicht nach — gegen Entziehung des Besitzes nur in beschränkter Weise Schutz, sofern das wichtigste interdictum recuperandae possessionis, das interdictum unde vi, lediglich auf Immobilien Anwendung findet.[1])

---

[1]) „In dubium non venit, interdictum ad res mobiles non pertinere" l. 1 § 6 D. 43, 16. Ueber die — von der herrschenden Ansicht bestrittene —

Die Bestimmungen des corpus juris haben jedoch gemeinrechtlich durch Ausbildung der Spolienklage in mehrfacher Hinsicht Modifikationen erfahren.

Auf die äußerst bestrittene geschichtliche Entwickelung dieser Klage im Folgenden näher einzugehen, liegt außerhalb unserer Aufgabe. Es genüge der Hinweis,[2]) daß der Ausgangspunkt für die actio spolii in einer Reihe pseudo-Isidorischer Dekretalen zu suchen ist, welche von Gratian größtentheils in das Dekret aufgenommen wurden, und aus welchen die kanonistische und gemeinrechtliche Theorie des Mittelalters — in mißverständlicher Auffassung insbesondere des sog. canon Redintegranda [c. 3. C. 3. qu. 1] — ein allgemeines, selbständiges Rechtsmittel zur Wiedererlangung verloren gegangenen Besitzes entwickelte, ein Rechtsmittel, welches auch dem Detentor zustehen, gegen einen jeden Dritten anwendbar sein und sich auf jede Art des Besitzverlustes erstrecken sollte.

Seit den Ausführungen Savigny's ist wohl allgemein anerkannt, daß die Spolienklage in diesem Umfange weder in den positiven Normen des corpus juris canon. noch in den sonstigen Quellen des gemeinen Rechts eine Stütze findet.[3]) Dagegen dürfte andrerseits gleichfalls feststehen, daß der beschränkte Besitzesschutz des römischen Rechts durch die Spolienklage — wie bereits erwähnt — nach verschiedenen Seiten hin erweitert und ausgedehnt worden ist.

Während das int. unde vi sich nur auf Immobilien bezieht, findet die Spolienklage unzweifelhaft auch bei beweglichen Gegenständen Anwendung.[4]) Während das Interdikt sich lediglich gegen die Person des Dejizienten richtet, wird die actio spolii auch gegen den spolii conscius zugelassen.[5]) Während endlich das In-

---

Meinung Savigny's betr. Ausdehnung des Interdikts auf Mobilien durch das Selbsthülfegesetz Valentinians vgl. Savigny, Besitz S. 437; Windscheid, Pandekten I. § 160 (3. Aufl.). — Die Behauptungen Iherings hinsichtlich der sog. actio momentaneae possessionis sind m. E. durch Bruns (Besitzesklagen) definitiv widerlegt.

[2]) Vgl. darüber: Bruns, Besitz im Mittelalter S. 144; Delbrück, dingliche Klage S. 148.

[3]) Savigny, Besitz S. 528.

[4]) „Dies ist nie bezweifelt worden, auch in der neueren Praxis stets festgehalten.“ Bruns, Besitzklagen § 23; Besitz im M.A. S. 215, 229, 231.

[5]) Vgl. l. 3 § 10 D. 43, 17; dagegen c. 18 X. de rest. (canon Saepe). Die früher von der Praxis angenommene Ausdehnung auf jeden gutgläubigen

terdikt nur bei gewaltsamer Besitzentsetzung — vis atrox — Platz greift, genügt zur Spolienklage jede ungebührliche Besitzesstörung, auch wenn sie nicht auf dem Wege persönlicher Gewaltthätigkeit geübt ist.[6])

Auf einem, der Hauptsache nach, durchaus ähnlichen Standpunkte steht das preußische Recht.

Der Besitz als solcher ist hier durch das sog. possessorium summariissimum[7]) gegen Störung und Entziehung geschützt. Aber dieser Schutz wird nur gewährt, wofern die Störung „zur Ungebühr" und zwar „durch Gewalt, heimlich, mit List, oder bittweise erfolgte."

Dabei ist allerdings zu beachten, daß der Begriff „Gewalt" mit dem engeren Begriff „persönlicher Gewaltthätigkeit" (vis atrox, Gewalt gegen die Person) keineswegs koinzidirt. Theorie und Praxis haben von jeher daran festgehalten, daß jeder eigenmächtige unbefugte Eingriff in fremden Besitzstand als eine gewaltsame Besitzesstörung resp. Besitzentsetzung im Sinne der §§ 146, 150 A.L.R. I. 7. aufzufassen ist,[8]) ohne daß auf die Form der Störung Gewicht zu legen wäre.[9])

Andrerseits aber würde man zu weit gehen, falls man annehmen wollte, daß jede wider Willen des bisherigen Besitzers stattgehabte Besitzentziehung zur Substanziirung des possessorium hinreiche. Eine derartige extensive Auslegung, welche das Erforderniß der „Gewalt" vollständig verflüchtigte und eliminirte, entspräche weder der Tendenz der Redaktoren,[10]) noch dem klaren Wortlaut

---

Erwerber ist ohne juristischen Grund, auch seit Mitte vorigen Jahrhunderts allmählich wieder aufgegeben. Bruns, Besitzklage S. 246.

[6]) Vgl. l. 1 § 3 D. h. t. 43, 16; Savigny, Besitz S. 429; Bruns, Besitz im M.A. S. 207—214, Besitzklagen S. 252.

[7]) A.L.R. I. 7 § 146 ff., A.G.O. I. 31. Zusammenstellung der Grundsätze über das poss. summ. im Justiz-Minist.-Bl. 1854 S. 101—112 (zitirt als Gr.).

[8]) Gr. 35; Förster, Privatrecht III. S. 82; Dernburg, Privatrecht (2. Aufl.) I. S. 348; Koch, Note 7 zu § 1 A.G.O. I. 31. [In Klage u. Einrede S. 277 verlangt Förster noch vis atrox, ebenso Koch im Besitz (2. Aufl.) S. 279.] Heydemann I. S. 377; Daniels, Privatrecht II. 231.

[9]) Entscheidungen des Ober-Trib. 44, 51; Striethorst, Archiv I. 346, IX. 217.

[10]) Vgl. Simon und Strampff, Materialien zu den Lehren von Gewahrsam und Besitz S. 33: „eigenmächtige Eingriffe", S. 89 (zu § 679) „vollzogene Gewaltthätigkeit", S. 156: „wenn der Besitz auf gesetzwidrige Weise entzogen wor-

des § 146 h. t. Das possessorium hat auch im preußischen Recht den Karakter einer Deliktsklage nicht unbedingt verloren.[11]) Es soll den Besitzer nicht gegen den Verlust des Besitzes überhaupt schützen; es richtet sich vielmehr — analog der Spolienklage — nur gegen unbefugte und eigenmächtige Besitzentziehungen, d. h. gegen Störungen, welche den Karakter der Rechtswidrigkeit tragen, und welche eben deshalb unter Umständen den Gestörten zur Selbsthülfe berechtigen würden.[12])

Aus den bisher entwickelten fundamentalen Voraussetzungen der Besitzesklage dürfte sich nun für die vorliegende Frage Folgendes ergeben:

I. Das possessorium steht demjenigen Intervenienten nicht zur Seite, welcher die Freigabe einer vom Exequenden für ihn detinirten, trotzdem aber beim Exequenden abgepfändeten Sache fordert.

Allerdings ist dem Intervenienten in diesem Fall der Besitz der Sache durch die Pfändung entzogen worden (vgl. § 1), aber eine derartige Besitzentziehung läßt sich m. E. nicht als eine „gewaltsame" Störung bezeichnen, so weit man auch den Begriff der „Gewalt" fassen möge.

Die Existenz einer vollstreckbaren Forderung berechtigt den Gläubiger, behufs deren Realisirung die Hülfe des Staates in Anspruch zu nehmen. Der Gerichtsvollzieher als öffentlicher Funktionair ist einerseits verpflichtet, einem begründeten Exekutionsantrage stattzugeben (C.P.O. § 674); er ist andrerseits aber auch kraft Gesetzes ermächtigt, die Befriedigung des Extrahenten nöthigenfalls unter Anwendung der gesetzlichen Zwangsmittel herbeizuführen.[13]) Sofern er hierbei legal verfährt, und soweit er sich innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen hält, macht er sich keiner „Ungebühr" schuldig, und ebensowenig läßt sich das Verhalten

den" (ebenso auf S. 291), wofür auf Antrag Goßler's gesetzt wird „durch Gewalt, List oder Betrug" S. 289.

[11]) Förster, Privatrecht III. S. 87 N. 62; Randa, Besitz nach österreichischem Recht 3. Aufl. S. 214 N. 11: „Das preußische Recht scheint allerdings den Deliktskarakter der rekuperatorischen Besitzklagen festzuhalten, auch die Redaktoren des A.L.R., besonders Goßler, betonen die Deliktsqualität."

[12]) Dafür scheint der Zusammenhang der §§ 141—146 A.L.R. I. 7 zu sprechen. Vgl. Simon und Strampff, Materialien S. 157, 279.

[13]) Vgl. Dernburg, Privatrecht I. S. 349 N. 14.

des Exekutionssuchers — des Mandanten — unter dieser Voraussetzung als „ungebührlich" oder „eigenmächtig" karakterisiren.

Nach §§ 712, 713 C.P.O. hat sich der Gerichtsvollzieher auf die Beschlagnahme der in der Gewahrsam des Exequenden befindlichen Gegenstände zu beschränken. Ein Uebergreifen in die Gewahrsam eines Dritten ist ohne die Genehmigung desselben unstatthaft. Jede dieser Vorschrift zuwiderlaufende Abpfändung aus der Detention eines Dritten wäre eine unbefugte. Sie würde mittelst Widerspruches zu hindern, resp. auf dem Wege der Beschwerde zu rügen sein.[14]) Sie würde aber auch den Verletzten zur Besitzesklage — zur gemeinrechtlichen actio spolii[15]) wie zum landrechtlichen poss. summ. — legitimiren.

---

[14]) In den Motiven zur C.P.O. heißt es zwar bei § 690: „Die Stellung des Intervenienten als Klägers ergiebt sich mit Nothwendigkeit daraus, daß der streitige Gegenstand sich nicht im Besitz des Dritten befindet, denn andernfalls kann er sich gegenüber einer etwaigen Zwangsvollstreckung auf bloßen Widerspruch beschränken und die Klage des obsieglichen Theils auf Herausgabe abwarten, vgl. §§ 710, 712, 713, 772. Aus dem Zusammenhang, insbesondere aus den allegirten Paragraphen folgt jedoch, daß hier „Besitz" im Sinne von „Detention" „Gewahrsam" gebraucht wird. Vgl. Sarwey und Thilo, Kommentar II. S. 148 zu § 690 N. 1; Uebel, Kommentar I. 203; v. Bülow, C.P.O. S. 472 N. 2; Endemann, Civilprozeßordnung III. 211.

[15]) Vgl. Siebenhaar, Kommentar zur C.P.O. S. 635: „Kann in Fällen, wo der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung so ausgeführt hat, daß die Spolienklage begründet ist, die Klage auch wider den Gläubiger erhoben werden? Die Frage ist nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden".

Auf dem gleichen Standpunkte steht Randa, Besitz nach österreichischem Recht S. 240 ff. Note 19, insbesondere S. 242: „Die Partei, welche den rechtswidrigen Exekutionsakt provozirte, ... ist nach den allgemeinen Grundsätzen der Besitzesstörung schuldig.... So mußte possessorischer Schutz gewährt werden, wenn das Gericht die exekutive Besitzeinführung des Ersteigers einer zwangsweise veräußerten Realität gegen den von der Person des Exekuten verschiedenen Besitzer vollziehen wollte. — Nach r. R. ist nicht zweifelhaft, daß die Besitzstörungsklage gegen den Extrahenten angestellt werden kann."

Kühne (in den Beiträgen XXIII. S. 509) äußert sich speziell über die vorliegende Frage nicht. Er deduzirt nur: „Der Extrahent vermeide gerade die Eigenmacht, indem er sich an die gesetzlich verordneten Behörden wende." Im Allgemeinen ist diese Behauptung gewiß richtig. Die Inanspruchnahme des Gerichtsvollziehers an sich involvirt keine Ungebühr; wohl aber macht sich der Gerichtsvollzieher, wenn er gesetzwidrig pfändet, einer Ungebühr schuldig, derentwegen auch gegen den Extrahenten — als Mandanten — possessorisch geklagt werden kann.

Anders verhält es sich dagegen, falls die abzupfändende Sache vom Schuldner thatsächlich, wenn auch nur für einen dritten Besitzer detinirt wurde. Die Gewahrsam erscheint bezüglich der Exekution als das karakteristische Merkmal für die präsumtive Zugehörigkeit zum Vermögen des Exequenden.[16]) Die vom Schuldner detinirte Sache ist eben auf Grund dieser Detention auch formell ordnungsmäßig pfändbar. Dem dritten Besitzer steht gegen eine derartige Abpfändung weder ein Widerspruchs-[17]) noch ein Beschwerde-Recht zu. Ebendeshalb muß ihm auch das possessorium summarissimum — wie die Spolienklage — versagt werden.[18]) Die durch die pignoris capio erzeugte Veränderung im Besitzstande ist auf durchaus legalem Wege erfolgt,[19]) sie ist weder durch eine unbefugte Handlung des Gerichtsvollziehers noch durch eine Eigenmächtigkeit des Exekutionssuchers verursacht. Der Intervenient kann sonach unter diesen Umständen seinen Anspruch auf die Thatsache einer ungebührlichen, gewaltsamen Besitzesstörung nicht stützen. Naturgemäß aber bleibt ihm überlassen, den ihm hierdurch erwachsenen Nachtheil auf petitorischem Wege, also durch Nachweis eines Rechtes an dem Pfändungsobjekte abzuwenden.

II. Es entsteht nun die weitere Frage, ob der Intervenient sich der Besitzesklage bedienen könne, falls der Exequendus bereits auf fehlerhafte Weise in den Besitz des Pfandobjektes gelangt war.

Auch diese Frage dürfte m. E. nach gemeinem wie nach preußischem Rechte zu verneinen sein.

Wie bereits oben bemerkt [vgl. Note 5], wird die Spolienklage

---

Derselbe Grundsatz kommt auch zur Anwendung, wenn die Abpfändung nicht auf Grund eines Exekutiv-Titels, oder wenn sie sonst in illegaler Weise vollzogen worden ist. Vgl. Bruns, Besitzklagen S. 259, Besitz im M.A. S. 208, 209, 395.

[16]) C.P.O. § 712: „Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt." Vgl. Voß in diesen Beiträgen XXIII. S. 255; Olshausen, Einsprüche S. 33; Endemann, Civilprozeßordnung III. 215: „Der Gerichtsvollzieher handelt ohne Vorwurf, wenn er sich an das äußere Faktum des Gewahrsams hält."

[17]) Vgl. oben Note 10 und 12.

[18]) Vgl. Voß l. c. S. 265; Olshausen l. c. S. 51; insbesondere aber die interessante Abhandlung Kühne's Bd. XXIII dieser Beiträge 497 ff., bes. 507.

[19]) Entgegengesetzter Ansicht ist Westerburg l. c. Abschnitt II.

von der herrschenden Ansicht mit vollem Recht nur gegen den Spolianten, resp. gegen den spolii conscius, nicht aber gegen dritte Besitzer der spoliirten Sache zugelassen. Daraus ergiebt sich ihre Unanwendbarkeit für den vorliegenden Fall. Denn der Extrahent hat durch die Abpfändung als Pfandgläubiger den abgeleiteten Besitz der betr. Sache auf legalem Wege erlangt; successio in possessionem findet auch beim abgeleiteten Besitze nicht statt[20]) und eine Klage gegen den Extrahenten kann somit auf ein Spolium in der Person des Exequenden nicht gestützt werden.

Das Nämliche gilt m. E. auch für das preußische Recht. Nach den Vorschriften des A.L.R. ist das summariissimum zweifellos nur gegen denjenigen zulässig, welcher sich der ungebührlichen Besitzesstörung in Person schuldig gemacht hat, bezw. gegen den Theilnehmer und Erben des Störers.[21]) Unter keinen dieser Gesichtspunkte läßt sich der Exekutionssucher subsumiren. Eine gewaltsame Besitzentsetzung kann ihm auch dann nicht zur Last fallen, wenn sich der Exequend einer derartigen Besitzentsetzung schuldig gemacht hat.

Zum Schluß dürfte darauf hinzuweisen sein, daß die vorstehend behandelte Frage, so praktisch wichtig sie auch für das gemeine Recht ist, dennoch im Gebiete des preußischen Rechtes — insbesondere nach Inkrafttreten der Reichs-Prozeß-Ordnung — nur eine untergeordnete, wesentlich rein theoretische Bedeutung beanspruchen kann, und zwar in Folge der eigenthümlichen Gestaltung, welche die actio publiciana im A.L.R. gefunden hat.

Der wesentlichste Vortheil, welchen die Anstellung der Possessorienklage gewährt, besteht in ihrer leichten — lediglich durch die Behauptung des Besitzes bedingten — Substanziirbarkeit.

Bei Unzulässigkeit des Possessorienprozesses würde dem Intervenienten im vorliegenden Fall gemeinrechtlich der schwierige Beweis für die Existenz eines dinglichen (Eigenthums- oder Publizianischen) Rechtes obliegen.

---

[20]) Vgl. darüber oben § 1.

[21]) Förster, Privatrecht III. S. 86, Klage und Einrede S. 271; Koch, Besitz 2. Aufl. S. 281: „Beklagter kann nicht der Singularsukzessor oder ein Dritter sein, weil die Klage eine persönliche ist;" Koch, Privatrecht I. S. 328. — Suarez bemerkt in den Materialien ausdrücklich, „daß die Spolienklage immer nur gegen den Spolianten und dessen Erben stattfinde, gegen einen dritten redlichen Besitzer nicht zulässig sei". (Simon und Strampff S. 285.)

Nach preußischem Recht würde dagegen auch in petitorio der Nachweis eines relativ besseren Rechtes genügen. Diesen Nachweis würde der Intervenient — wie weiter unten zu zeigen ist — im vorliegenden Fall schon dadurch erbringen können, daß er seinen bisherigen Besitz durch den Exequenden (oben Fall I.) bezw. den früheren fehlerhaften Besitzverlust an den Exequenden (oben Fall II.) unter Beweis stellt. Das thema probandum würde sich hiernach nicht schwieriger gestalten, als es sich bei Anstellung des poss. summ. gestaltet haben würde.

Allerdings bot nach den Vorschriften der A.G.O. das Vorgehen in possessorio den weiteren, wesentlichen formellen Vortheil eines beschleunigten Verfahrens.

Die betreffenden prozessualischen Vorschriften sind jedoch durch die R.C.P.O. außer Kraft gesetzt worden. Auch die Besitzesschutzklage wird nunmehr auf dem ordentlichen Prozeßwege verhandelt.[22] [23])

## II. Die petitorischen Rechtsmittel.

### § 4.

### Die Eigenthumsklage.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Intervenient jederzeit befugt ist, auf Grund eines Eigenthumsnachweises die Freigabe der abgepfändeten, ihm gehörigen Gegenstände zu fordern. Aus der absoluten Natur des Eigenthums und aus dem dadurch bedingten absoluten Karakter der Eigenthumsklage ergiebt sich diese Befugniß mit Nothwendigkeit. Denn das Recht des extrahirenden Gläubigers hinsichtlich des pignus captum leitet sich von dem Rechte des Exequenden ab und beruht auf ihm. Wie die vertragsmäßige Verpfändung durch einen Nicht-Eigenthümer dem Pfandgläubiger kein

---

[22]) Allerdings würden nach § 819 C.P.O. die Bestimmungen über einstweilige Verfügungen auch in Possessoriensachen anwendbar sein. Vgl. Dernburg, Privatrecht I. S. 347. Aber die einstweiligen Verfügungen bilden weder ein nothwendiges Attribut der Besitzesschutzklage, noch ein eigenthümliches Karakteristikum derselben; sie sind auch anderweit zulässig.

[23]) Selbstverständlich ist dadurch keineswegs jeder Unterschied zwischen dem petitorischen und possessorischen Verfahren im preußischen Recht verwischt. Vielmehr bleibt der wichtige Unterschied bestehen, daß petitorische Einreden im einen Fall zulässig, im andern Fall unzulässig sind. Für die vorliegende Frage dürfte diese Differenz jedoch praktisch irrelevant sein, da der Extrahent kaum je in der Lage sein wird, derartige Einreden dem Intervenienten gegenüber zu erheben.

Pfandrecht verleiht, so kann auch die exekutive Abpfändung bei mangelndem Eigenthumsrecht des Exequenden für den Gläubiger kein gültiges Pfandrecht konstituiren.[2])

In l. 15 § 4 D. de re jud. 42, 1 wird diese Konsequenz ausdrücklich anerkannt; auch § 75, 77 A.G.O. I. 24 nahm speziell auf den Fall eines, vom Intervenienten erhobenen Eigenthumsanspruchs Bezug.

Nach unseren obigen Ausführungen (vgl. § 1) hat nun der Exekutionssucher durch die Abpfändung den abgeleiteten, bezw. (nach A.L.R.) den unvollständigen Besitz der betr. Sache erlangt. Er besitzt also thatsächlich durch den Gerichtsvollzieher, im Moment der Klageanstellung, wider den Willen des Eigenthümers; er gehört zu denen, „qui tenent et habent restituendi facultatem" l. 9. D. de rei v. 6, 1. Dadurch wird der Karakter einer — auf das Eigenthum gestützten — Interventionsklage näher bestimmt. Der Anspruch des Intervenienten erscheint als ein Anspruch wegen Vorenthaltung der Sache, mit anderen Worten: die Eigenthumsklage greift hier in ihrer positiven Funktion Platz, sie karakterisirt sich als rei vindicatio, nicht als negatoria in rem actio.[3])

Der Intervenient, welcher demzufolge seine Klage als rei vindicatio substanzirt und sich somit auf die Existenz eines Eigenthumsrechtes beruft, hat nach gemeinem wie nach preußischem Recht auch den Erwerb[4]) des Eigenthums nachzuweisen.[5])

---

[1]) l. 2. D. de pign. act. 13, 7; l. 2. C. si res alinea 8, 16. — Vangerow, Pand. I. § 372 Anm. 2. Sintenis, Pfandrecht § 16 S. 83. — A.L.R. I. 20 §§ 15, 73; Förster, Privatrecht III. S. 393.

[2]) Vgl. Struckmann u. Koch, Kommentar zu § 690; Seuffert, Civilprozeßordnung S. 720; Petersen, Civilprozeßordnung II. 609. Behufs Widerlegung der von Voß (Beiträge XIII. 232 ff.) aufgestellten Behauptungen verweise ich auf die Ausführungen Westerburg's und Kühne's (eod. XXIII. 497 ff. und 870 ff.).

[3]) Olshausen, Einsprüche S. 54 hält nur die negatoria für zulässig, da „der hier fehlende Besitz des Verklagten ein Essentiale für Anstellung der rei vind. sei". Voß l. c. S. 238. — Vgl. auch die zitirte Abhandlung von Westerburg, der mit Recht bemerkt, daß die vorstehende Frage praktisch ohne Belang sei. —

[4]) Daß aus dem Erwerb des Eigenthums dessen Fortexistenz folgt (bis zum Gegenbeweis eines späteren Verlustes) ist allgemein anerkannt — vgl. l. 16 i. f. C. de prob. 4, 19; l. 9. C. de r. v. 3, 32 — und auch für das preußische Recht unbestritten, Entsch. 11, 296; Striethorst 15, 216, vgl. auch unten § 5.

[5]) Der Beweis eines Besitzverlustes wider Willen wird auch nach preußischem

Die außerordentlichen Schwierigkeiten dieses Beweises liegen auf der Hand, sie treten namentlich im Fall eines derivativen Eigenthumserwerbes hervor, wo vom Kläger nicht nur der Erwerb der Sache, sondern auch das Eigenthum der Rechtsvorgänger darzulegen ist.[6])

Eine wesentliche Erleichterung[7]) dieser „probatio diabolica“ bietet bereits das römische Recht und im Anschluß daran das A.L.R.[8]) durch das Rechtsinstitut der Usukapion.

Eine weitere Erleichterung wird durch Art. 305, 306, 307 H.G.B. bezw. Art. 74 W.O. gewährt. Insbesondere der Artikel 306 des Handelsgesetzbuchs hat dadurch eine hervorragend praktische Bedeutung auch für die Substanziirung einer Interventionsklage erlangt. Denn derjenige, welcher

„Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe“

erworben hat, ist auf Grund dessen ohne Weiteres als Eigenthümer zur Anstellung der Interventionsklage berechtigt, sofern er nur den redlichen Erwerb[9]) der Sache und die Kaufmannseigenschaft seines Autors[10]) unter Beweis stellt.[11])

Schließlich ist hervorzuheben, daß nach § 42 A.L.R. I. 15 der

---

Recht vom Kläger zweifellos nicht erfordert. Förster, Klage und Einrede S. 298, Privatrecht III. S. 242.

[6]) Dies wird zwar im r. R. nicht speziell hervorgehoben, es folgt aber mit Nothwendigkeit aus l. 20. D. de acq. dom. 41, 1 in Verbindung mit l. 9, l. 80 D. de r. v. 6, 1. Vgl. Vangerow I. § 332 Anm. 1. Für das preußische Recht A.L.R. I. 15 § 1; Förster, Privatrecht III. S. 241.

[7]) Ueber die Bedeutung der Usukapion in dieser Hinsicht vgl. Vangerow, l. c. § 332; Savigny, System VI. S. 306; Delbrück, dingl. Klage § 2.

[8]) Striethorst, Archiv 44, 311.

[9]) Der Beweis des Erwerbes genügt; die Redlichkeit des Erwerbers wird alsdann bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet. Anderer Ansicht ist Goldschmidt, Handelsrecht I. Abs. 2 S. 833. In §§ 5—6 wird auf diese Frage näher einzugehen sein. Vgl. insbesondere Wächter, die bona fides S. 44 ff.

[10]) Die Thatsache der „Veräußerung im Handelsbetriebe“ wird hier nach § 273 H.G.B. präsumirt.

[11]) Bei gestohlenen und verlorenen Sachen ist die Anwendbarkeit des Art. 306 ausgeschlossen. Dieser Umstand erscheint jedoch „nur als Hinderniß, nicht als Voraussetzung des Erwerbes“, als „ein vitium, quod obstat“, dessen Nichtvorhandensein vom Kläger nicht erwiesen zu werden braucht, wenn sich auch Verklagter auf sein Vorhandensein berufen darf. Goldschmidt, Handelsrecht I. 2. S. 833, Zeitschrift für Handelsrecht IX. S. 306 ff.

Verkauf von Mobilien durch den Fiskus oder in öffentlicher Versteigerung den Käufer gegen jede Vindikation schützt, ihm daher volles Eigenthum überträgt und ihn somit auch zur Eigenthumsklage legitimirt.[12])

In allen diesen Fällen involvirt der Beweis des Titels zugleich den Beweis des Eigenthums.

Eben deshalb werden aber jene Fälle praktisch die einzigen sein, in denen eine Interventionsklage als Vindikation unter Berufung auf das Eigenthumsrecht substanzirt wird. Denn im Uebrigen führt die nunmehr zu erörternde Besitzrechtsklage bei leichterer Substanzirbarkeit zu dem gleichen Resultat.

## Die Klage aus dem Recht zum Besitz.

### § 5.

### Die gemeinrechtliche actio Publiciana und das possessorium ordinarium.

I. Die Publiciana in rem actio bildet im römischen Recht das praktisch bei weitem wichtigste petitorische Rechtsmittel behufs Wiedererlangung abhanden gekommener Gegenstände.

Der Ausgangspunkt für ihre Entwickelung liegt in der Usukapion (§ 3, 4 J. de act. 4, 6), und ihre Vorbedingungen entsprechen demgemäß auch den Voraussetzungen der (ordentlichen) Ersitzung.[1])

> l. 1 pr. D. 6, 2: ait praetor: si quis id, quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet . . . judicium dabo.

Kläger hat daher lediglich nachzuweisen, daß er die an sich usukapionsfähige Sache bona fide[2]) et justo titulo erworben resp. besessen

---

[12]) Koch, Privatrecht I. S. 428, Prozeßpraxis I. § 44; Bornemann, Civilrecht II. § 114; Förster, Privatrecht III. S. 222 Note 16.

[1]) Bestritten ist, ob die actio Publ. ursprünglich lediglich eine Erleichterung des Eigenthumsbeweises für den wirklichen Eigenthümer bezweckte (Delbrück, dingliche Klage § 2) oder ob sie von vornherein als Rechtsmittel zum Schutz des redlichen Besitzes gedacht war (Bruns in Beckers Jahrb. IV. 11).

[2]) Die Frage, ob die bona fides speziell bewiesen werden müsse, ist zwar gemeinrechtlich bestritten, aber — in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht zu verneinen. Die bona fides beruht auf einer Unkenntniß der Mängel des Rechtserwerbs, auf einem Nichtwissen von dem besseren Recht eines Andern. (Vgl.

habe. Dieser Beweis allein giebt ihm ein der Vindikation analoges Rückforderungsrecht gegen jeden Besitzer, der sich nicht auf ein gleiches (resp. besseres) Recht zu berufen vermag. In dieser Beschränkung offenbart sich die relative Natur der Publiciana. Der Anspruch des redlichen Erwerbers wird nicht nur durch den Beweis des Eigenthums, sondern auch durch den Beweis eines gleichfalls an sich zur Publiciana berechtigenden redlichen Erwerbes elidirt.[3]) Denn in diesem Fall muß die Vollendung der Usukapion auch zu Gunsten des Verklagten fingirt werden.

Daß die actio Publiciana mit der erwähnten Einschränkung[4]) auch zur Substanzirung eines Interventionsanspruches verwendbar sei, kann keinem begründeten Zweifel unterliegen.

Es wurde in dieser Hinsicht bereits ausgeführt (vgl. § 1), daß der Pfandgläubiger den juristischen Besitz an dem Pfandobjekte zwar quoad interdicta, nicht jedoch quoad usucapionem erlangt. „Pignori rem acceptam non usucapimus, quia pro alieno possidemus“ l. 13 pr. D. de usurp. 41, 3. Da nun die actio Publiciana speziell den Schutz des Ersitzungsbesitzes bezweckt, so wird konsequenter Weise auch ein selbständiger Publizianischer Anspruch für den Pfandgläubiger durch die Thatsache der Verpfändung nicht erzeugt. „Die Berechtigung des Pfandbestellers erscheint als ausschließliche Grundlage für den Anspruch des Pfandbesitzers.“ In l. 13 § 1 D. h. t. 6, 2 wird demgemäß ausdrücklich bemerkt: „pignoraticiae

---

Stintzing, Wesen d. bona fides S. 60, 120, 123). Sie ist daher als ein wesentlich negativer Begriff zu karakterisiren, und schon hieraus folgt, „daß ihre Existenz nicht Gegenstand eines Beweises sein kann“ (Förster III. S. 95, 111). — Vgl. insbesondere die vorzügliche Abhandlung Wächters: „die bona fides“, insbes. S. 44.

[3]) Bei Identität der Rechtsurheber hat freilich (nach den Grundsätzen der exceptio rei venditae traditae) der erste Erwerber den Vorzug. Bei Verschiedenheit der Autoren entscheidet dagegen der Satz: „melior est causa possidentis“ l. 9 § 4 D. h. t. 6, 2. Daß die widersprechende Ansicht des Neratius in l. 31 § 2 D. de act. e. v. 19, 1 dem Grundgedanken der actio Publ. nicht entspricht, dürfte allgemein anerkannt sein. Vgl. v. Brünneck in diesen Beiträgen XI. 340 ff.

[4]) Siebenhaar, Kommentar S. 643, 645; Struckmann u. Koch, Komm. zu § 690. — Selbstverständlich wird der Intervenient mit Hülfe der actio Publ. die Herausgabe der abgepfändeten Sache dann nicht herbeiführen können, wenn der Exequend — resp. der Exekutionssucher für ihn — gleichfalls ein Publizianisches Recht an der Sache geltend machen kann und geltend macht. Vgl. Note 3.

et precariae possessiones justae sunt, sed ex his non solet competere tale (sc. Publicianum) judicium.[5])

Was hier bezüglich des Pfandgläubigers bestimmt ist, findet auch rücksichtlich des Exekutionssuchers analoge Anwendung. Auch dieser erhält durch die Abpfändung nur die Befugniß, die vom Schuldner erworbene Rechtsstellung für sich geltend zu machen. Ein originärer Publizianischer Anspruch wird für ihn durch die pignoris capio nicht begründet, und er kann sich daher gegen die actio Publiciana des Intervenienten auch nur auf einen eventuellen Publizianischen Anspruch seines Schuldners berufen, nicht jedoch auf das durch die Abpfändung für ihn selbst begründete Recht.

II. Ein über die actio Publiciana weit hinausgehendes petitorisches Rechtsmittel ist durch die gemeinrechtliche Doktrin in dem sog. possessorium ordinarium ausgebildet worden.[6])

Wie die Spolienklage an das interdictum unde vi, so knüpft das poss. ord. an das int. uti possidetis an.

In einzelnen Punkten hat der römisch-rechtliche Schutz des Besitzes gegen Störung bereits von Seiten der italienischen Theorie und Praxis bis zum Schlusse des Mittelalters Ausdehnungen und Modifikationen erfahren. Es lag hierbei die Anschauung zu Grunde, daß der Besitz als „Civilbesitz" auch bei vollständiger Entziehung der physischen Detention fortdauere, und „daß somit die Spoliation des Naturalbesitzes nur eine Störung des Civilbesitzes enthalte.[7]) Von diesem Standpunkte aus ließ man denn auch im Fall der Besitzentziehung die nur für Besitzstörungen bestimmten Rechtsmittel zu. Die Grenze zwischen den interd. retinendae und recuperandae possessionis war damit verwischt, und das int. uti possidetis selbst mit rekuperatorischer Wirkung ausgestattet, eine Entwickelung, welche durch die gleichzeitige weitgehende Ausbildung der Spolienklage noch befördert wurde.

Trotz dieser Erweiterungen blieb der Karakter des possessorium als eines possessorischen Rechtsmittels zunächst erhalten.[8]) Ins-

[5]) Dernburg, Pfandrecht I. S. 180, 223; Linde, Zeitschrift f. C. u. P. XX. 184; Windscheid I. § 230.

[6]) Die nachfolgende Darstellung schließt sich in allen wesentlichen Punkten an die Erörterungen von Bruns an.

[7]) Bruns in Becker's Jahrbüchern IV. S. 51.

[8]) Beckers Jahrbücher IV. S. 63.

besondere stehen die päpstlichen Dekretalen des XII. u. XIII. Jahrhunderts im Wesentlichen auf diesem Standpunkte.[9])

Ganz anders gestaltete sich jedoch das poss. ord. nach der in Deutschland während des XVII. und XVIII. Jahrhunderts Geltung erlangenden Doktrin. Man nahm nunmehr an, daß das possessorium sich überhaupt als ein possessorium recuperandae qualifizire, dessen Klaggrund nach c. 9. X. de probat. 2, 19 der ältere Besitz als solcher bilde.[10]) Dabei wurde von Manchen die Angabe des Titels „pro coloranda possessione" d. h. zur Unterstützung der Fehlerlosigkeit des Besitzes verlangt. Es bildete sich fernerhin die Ansicht, daß nicht der frühere Besitz als solcher, sondern vielmehr der titulirte Besitz[11]) eine derartige rekuperatorische Wirkung gegen jeden dritten, selbst gutgläubigen Besitzer erzeuge. Damit verlor das poss. zugleich den possessorischen Karakter und nahm die Natur eines der actio Publiciana ähnlichen, aber über sie hinausgehenden und sie absorbirenden, auf das bessere Recht zum Besitz gestützten Rechtsmittels an.

Es kann hier dahin gestellt bleiben, ob diese Rechtsentwickelung lediglich aus einer mißverständlichen Auffassung des römischen Rechts entsprang, oder ob sie als eine Form aufzufassen ist, in welche verkleidet, ein ursprünglich deutscher Rechtsgedanke sich erhielt;[12]) jedenfalls dürfte es kaum einem Zweifel unterliegen, daß die Anschauungen des älteren deutschen Rechts nicht ohne Einfluß auf die Bildung des poss. ordin. blieben.[13])

Allerdings sind die dargestellten von der Theorie des XVII. und XVIII. Jahrhunderts entwickelten Rechtssätze ein positiver Bestandtheil des geltenden gemeinen Rechtes **nicht** geworden. Schon im XVII. Jahrhundert erhob sich gegen dieselben eine lebhafte Opposition, welche während des XVIII. Jahrhunderts namentlich von J. H. **Böhmer** getragen wurde, und im XIX. durch **Savigny** in der Theorie fast vollständig zum Siege gelangt ist.[14]) Der rich-

[9]) **Bruns**, Besitz im Mittelalter S. 182, 232, 261.

[10]) **Bruns**, Besitz im M.A. S. 402; **Savigny**, Besitz S. 528.

[11]) Z. B. **Hommel**. Besonders ist diese Anschauung in der sächsischen Praxis vertreten. Vgl. **Puchta**, Pandekten § 133.

[12]) Wie **Delbrück** in seiner dinglichen Klage auszuführen sucht.

[13]) **Dernburg**, Privatrecht I. S. 344, 577; **Förster**, Privatrecht III. S. 104.

[14]) **Windscheid**, Pandekten I. § 162. Insbesondere kann sich die ehemalige Doktrin — wie jetzt fast allseitig anerkannt wird — nicht auf den canon licet

tigen und herrschenden Ansicht nach darf das poss. ordinarium auch in seiner späteren Gestalt nur als eine „vollständige Verhandlung des römischen Interdikts“ aufgefaßt werden. Es hat — wie auch vom preuß. Ober-Tribnnal anerkannt wurde[15]) — lediglich „das durch die possessio naturalis und den animus rem sibi habendi begründete jus possessionis“ zum Gegenstande. Es schützt den gegenwärtigen Besitz und steht im Wesentlichen unter den Regeln des interd. uti possidetis.

Anders verhält es sich dagegen im preußischen Recht.

Das Allgemeine Landrecht hat, im Anschluß an die derzeitige gemeinrechtliche Praxis, die im römischen Recht nur ausnahmsweise anerkannte „Relativität des Eigenthumsbeweises“ [16]) zum Grundsatz erhoben. Der Besitzberechtigte soll zur Geltendmachung seines Rechtes jedem Minderberechtigten gegenüber befugt sein. Sofern die ihm hiernach zustehende Klage nicht aus dem Besitz als solchem fließt, sondern sich auf ein Recht zum Besitz gründet, trägt sie keinen possessorischen, sondern einen petitorischen Karakter.[17]) „Man kann sie eine erweiterte Publiciana nennen oder als dingliche Klage des deutschen Rechts bezeichnen“ (Förster III. S. 107).

Diese dem Allgemeinen Landrecht eigenthümliche Klage haben wir im Folgenden rücksichtlich ihrer Verwendbarkeit bei Interventionsansprüchen einer eingehenderen Erörterung zu unterziehen.

## § 6.

## Die Grundsätze der preußischen Besitzrechtsklage.

Das Prinzip der landrechtlichen Klage aus dem Recht zum Besitz findet sich in § 161 A.L.R. I. 7 ausgesprochen:

> „Gegen den, welcher den Besitz einer Sache oder eines Rechts weder durch Gewalt, noch heimlich, mit List, oder bloß bittweise überkommen hat, kann der vorige Besitzer auf Wieder-

---

causam (c. 9 X de prob.) stützen. Vgl. Maaßen in Beckers Jahrbuch II. S. 457; Förster, Privatrecht III. S. 105 N. 11. Auf die vorliegende Frage näher einzugehen, liegt außerhalb unserer Aufgabe.

[15]) Striethorst, Archiv VII. S. 199.

[16]) Förster III. S. 108.

[17]) Nach dem Vorgange Koch's (Besitz 2. Aufl. S. 300, Privatrecht I. S. 412) ist dies jetzt allgemein anerkannt. Vgl. Förster, Privatrecht III. S. 107; Delbrück, dingl. Klage S. 170

herstellung des Besitzes nur in so fern klagen, als er ein besseres Recht zum Besitze aufzuweisen hat."

Ueber die Bedeutung und über die Tragweite dieses Prinzips herrscht in der Theorie wie in der Praxis lebhafter Streit. Es dürfte sich daher — der Uebersichtlichkeit halber — empfehlen, zunächst im Allgemeinen die Natur und die Voraussetzungen der Besitzrechtsklage überhaupt zu untersuchen. Die Anwendung der so gefundenen Resultate auf die Substanzirung einer Interventionsklage wird alsdann keinen erheblichen Zweifeln mehr unterliegen.

Bevor jedoch auf diese Erörterung eingegangen werden kann, ist zunächst die juristische Bedeutung eines Rechtssatzes festzustellen, der uns für die Beantwortung der vorliegenden Frage von entscheidender Bedeutung zu sein scheint.

In § 179 A.L.R. I. 7 heißt es nämlich:

„Jeder Besitzer hat in der Regel die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich."

Diese Bestimmung giebt nun in doppelter Hinsicht zu Zweifeln Veranlassung:

1. Zunächst fragt es sich, zu wessen Gunsten die Präsumtion der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit des Besitzes aufgestellt wird. Bezieht sich der zit. § 179 auf jeden, auch den ehemaligen Besitzer, oder spricht er lediglich zu Gunsten dessen, der sich gegenwärtig im Besitz befindet.

Die erstgedachte Auslegung[1]) könnte sich darauf stützen, daß im Allgemeinen Landrecht mehrfach auch der gewesene Besitzer schlechthin als „Besitzer" bezeichnet wird (z. B. I. 15 §§ 24, 25), und daß der § 179 nicht ausdrücklich — wie § 184 h. t. — von einem „gegenwärtigen Besitzer" redet, sondern sich seinem Wortlaute nach auf „jeden Besitzer" beziehen soll.

Nichtsdestoweniger lassen sich m. E. überwiegende Gründe gegen eine solche Ausdehnung der im zit. § 179 enthaltenen Präsumtion geltend machen.[2])

---

[1]) Sie wird von Delbrück, dingliche Klage S. 235; Ziebarth, Realexekution und Obligation S. 302; Dernburg I. S. 578 N. 5 und Plathner, Geist des preußischen Rechts II. S. 178 vertreten, jedoch ohne Angabe von Gründen.

[2]) Savigny, Obligationenr. II. 156, 157; Förster, Privatrecht III. § 164 Note 28; Koch, Kommentar zu § 179; Bruns, Besitz im M.A. S. 442;

Schon nach der Definition des § 3 A.L.R. I. 7 ist anzunehmen, daß unser Gesetz, — falls nicht der Zusammenhang eine entgegengesetzte Auffassung fordert, — unter „Besitzer" nur denjenigen verstehen will, welcher die Sache thatsächlich besitzt und mit dem animus rem sibi habendi resp. disponendi in seiner Gewahrsam hat, d. h. den gegenwärtigen Besitzer. Im vorliegenden Fall weist nun aber der Zusammenhang noch speziell auf diese natur- und sprachgemäße Auslegung hin. Denn der § 180, welcher sich selbst als eine Konsequenz des § 179 hinstellt, läßt sich auf den ehemaligen Besitzer überhaupt nicht beziehen. In § 182 weiterhin wird derjenige, „welcher sich in dem Besitze befindet," im § 184 h. t. wird ausdrücklich „der gegenwärtige Besitzer" unter Umständen zur Titelangabe verpflichtet. Beide Paragraphen haben die Präsumtion des § 179 im Auge, statuiren ihr gegenüber eine spezielle Ausnahme und sind somit zu ihrer Interpretation mit heranzuziehen.

Der Ausdruck „jeder Besitzer"[3]) in § 179 will augenscheinlich nur besagen, daß die verschiedenen Arten des Besitzes (vollständiger, unvollständiger) an sich[4]) unter die Regel des § 179 fallen. Es wäre sprachwidrig, unter „jedem Besitzer" jeden zu verstehen, der überhaupt jemals besessen hat.

Endlich aber ist hervorzuheben, daß der § 179 inhaltlos sein würde, wenn er sich auf sämmtliche, ehemalige und gegenwärtige Besitzer beziehen sollte. Die Vermuthung der „Rechtmäßigkeit" würde dann, wie Delbrück l. c. p. 235 bemerkt, für alle, und somit für keinen sprechen, und der zitirte Paragraph würde daher eine „den Besitzer" begünstigende Bestimmung überhaupt nicht enthalten, während er eine solche Begünstigung doch augenscheinlich enthalten soll.

2. Es können nun jedoch weiterhin Zweifel über die Tragweite der im § 179 für den gegenwärtigen Besitzer normirten Präsumtion der „Rechtmäßigkeit" entstehen.

§ 10 A.L.R. I. 7 sagt:

„Die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Besitzes

---

v. Brünneck in diesen Beiträgen XI. 853. Vgl. Striethorst, Archiv II. 329, LXXXI. 357.

[3]) In dem ersten Entwurf hieß es übrigens „der Besitzer" Simon und Strampff, Materialien S. 155.

[4]) „An sich" d. h. sofern nicht §§ 180 ff. Ausnahmen statuiren.

hängt von der Beschaffenheit und Gültigkeit des Titels ab, auf welchen das Recht zu besitzen sich gründet."

Mit Bezugnahme hierauf definiren Bornemann (Civilrecht § 54) und Förster (Privatrecht III. S. 96) den „rechtmäßigen Besitz" als einen objektiv rechtmäßigen, nicht bloß titulirten, sondern auf objektiv rechtsgültigem Titel beruhenden, also vom Eigenthümer hergeleiteten Besitz. Damit übereinstimmend bemerkt Suarez in den Materialien:

„Es kann Jemand rechtlicher Besitzer sein und ist doch nicht rechtmäßiger, z. B. wer eine rem alienam a non domino kauft, hat einen rechtlichen Besitz für sich, er ist aber nicht rechtmäßiger Besitzer. Dies ist nur der wahre Eigenthümer."[5])

Wenn der zitirte § 179 in diesem Sinne zu interpretiren wäre, so würde er zu Gunsten des jedesmaligen Besitzers unbedingt die Präsumtion des Eigenthums aussprechen, eine Vermuthung, welche nur durch direkten Gegenbeweis, keinesfalls aber durch den klägerischen Nachweis eines früheren titulirten Besitzes widerlegt werden könnte.[6])

M. E. darf jedoch dem Wort „rechtmäßig" in § 179 eine solche weitgehende Bedeutung nicht beigemessen werden.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob in der That nur der Eigenthümer als „rechtmäßiger Besitzer" im Sinne des § 10 h. t. aufzufassen ist. Dieser Umstand allein kann bei dem Schwanken des Allgemeinen Landrechts im Gebrauch von Kunstausdrücken nicht unbedingt entscheiden.

Dagegen ergeben zunächst die Materialien, daß die Redaktoren

---

[5]) Simon und Strampff l. c. S. 117; vgl. auch die Aeußerung von Suarez S. 219 ff.: „der rechtmäßige Besitzer ist immer in sensu juris zugleich auch ein redlicher Besitzer," ferner v. Tevenar S. 127 ff.; Ziebarth, Realex. und Oblig. S. 302.

[6]) Folgerecht würde sogar der Nachweis eines klägerischen Eigenthums nicht genügen, vielmehr müßte Kläger das Nichteigenthum des Verklagten beweisen, da für diesen ja die bedingungslose Annahme eines objektiv gültigen Titels spräche. Schon diese im Resultat zweifellos unrichtige Konsequenz (vgl. oben § 3 Not. 5) dürfte die Unrichtigkeit der gedachten Interpretation des § 179 beweisen. Randa (Besitz nach österreichischem Recht S. 80) bemerkt sehr richtig: „Wollte man annehmen, es werde die Vermuthung für das Dasein eines rechtlichen Erwerbsgrundes aufgestellt, so würden die einfachsten Grundsätze über die Beweislast über den Haufen geworfen.

selbst mit der Bezeichnung „rechtmäßig" keinen konstanten Rechtsbegriff verbanden.

Suarez selbst bemerkte zu § 468 des Kircheisen'schen Entwurfes, worin der titulirte Besitzer als „rechtsförmlicher" Besitzer bezeichnet war:

Ich würde statt „rechtsförmlich" lieber sagen „rechtmäßig."[7])

Zu § 470 daselbst notirt er:

„Wer den Besitz eines Inbegriffs rechtmäßig überkommt, erlangt demnach in Ansehung der einzelnen Stücke nur die Rechte seines Vorgängers im Besitz."[8])

Und Goßler sagt in den Materialien ausdrücklich:[9])

„An sich ist so viel gewiß, daß ein rechtmäßiger Besitzer noch nicht immer ein redlicher Besitzer sei."

Damit übereinstimmend läßt sich weiterhin feststellen, daß das Allgemeine Landrecht überall, wo es sonst von der Klage aus dem Recht zum Besitze handelt, den Ausdruck „rechtmäßiger Besitzer" keineswegs gleichbedeutend mit „Eigenthümer" faßt.

In § 139 I. 7 wird, wie der Zusammenhang mit § 137 evident ergiebt, unter „rechtmäßigem Besitzer" überhaupt derjenige verstanden, „welchem der Besitz gebührt." Das Gleiche gilt von dem korrespondirenden § 168 h. t.

In § 244 h. t. wird ausdrücklich zwischen Eigenthümer und rechtmäßigem Besitzer unterschieden, und unter letzterem — wie aus § 17 I. 15 folgt — im Allgemeinen der „besser berechtigte Rückforderer" begriffen.

Die §§ 24, 25 I. 15 sprechen gleichfalls von der Vindikationsbefugniß des „rechtmäßigen Eigenthümers oder Besitzers." Dabei ergiebt § 2 eod., daß eine derartige Vindikationsbefugniß jedem ehemaligen Besitzer zustehen soll, der sich nach Titel 7 auf eine „Befugniß zum Besitz" (§ 163 h. t.) stützen kann. In diesem Sinne muß also auch das Wort „rechtmäßig" in den zit. §§ 24, 25 interpretirt werden.

Endlich ist auf § 34 I. 15 hinzuweisen, welcher den Verklagten zur Titelangabe verpflichtet, falls Kläger nachgewiesen hat, daß die

---

[7]) Simon und Strampff S. 49.

[8]) Simon und Strampff S. 50.

[9]) eod. S. 215, vgl. auch S. 211: „der rechtmäßige Besitzer wird in den mehrsten Fällen ein redlicher sein".

beanspruchte Sache „seinem rechtmäßigen Besitz ohne seinen Willen entkommen sei." Daß hier dem Kläger mit dem Nachweise des rechtmäßigen Besitzes nicht der Nachweis des Eigenthums abverlangt wird, ist unbestritten und bedarf kaum einer weiteren Ausführung.[10])

Alle diese Momente lassen den Schluß gerechtfertigt erscheinen, daß auch in § 179 unter „Rechtmäßigkeit des Besitzes" nur eine „Befugniß zum Besitz," ein Rechtsgrund für den Besitz, eine justa causa des Besitzes, d. h. ein „an sich" gültiger Besitztitel (A.L.R. I. 9 § 579) — justus titulus — verstanden wird.

Zu einer solchen Auslegung zwingt aber ferner auch der Wortlaut des zitirten Paragraphen, welcher die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit aufstellt. Sollte die Vermuthung der Rechtmäßigkeit sich unbedingt als Vermuthung des Eigenthümers qualifiziren, so wäre die weitere Vermuthung der Redlichkeit absolut inhaltlos, denn der Eigenthümer ist mit Nothwendigkeit stets zugleich redlicher Besitzer (vgl. Suarez bei Simon u. Strampff S. 219). Die Redaktoren dürften also thatsächlich bei Feststellung des gedachten Paragraphen von der Goßler'schen Ansicht ausgegangen sein, wonach ein „rechtmäßiger Besitzer noch nicht immer ein redlicher Besitzer ist."

Hiernach können wir unsere Erörterungen über den § 179 dahin zusammenfassen, daß derselbe die Präsumtion des redlichen und rechtlichen (im Sinne der oben zitirten Aeußerung von Suarez bei Simon und Strampff S. 117) Besitzes für den gegenwärtigen Besitzer aufstellt.[12]) Er enthält somit — wie Savigny ausführt[13]) — lediglich eine „Anwendung des allgemeinen Rechts-

[10]) Andernfalls würde der § 34 den §§ 2 A.L.R. I. 15; 161, 176, 184 A.L.R. I. 7 widersprechen, welche überhaupt den zum Besitz Berechtigten auch zur Vindikation legitimiren. Ueber § 34 vgl. weiter unten.

[11]) Vgl. das von Koch, Besitz 2. Aufl. S. 47 Not. 13 beigebrachte Zitat: Pr. L.R. Buch III. Tit. 1 Art. 9 § 13: „Hiergegen ist der für einen rechtmäßigen Besitzer eines bösen Glaubens zu halten, welcher selbst weiß und versteht, daß er ein Gut oder Ding nicht mit einem rechtmäßigen Titel besitzet. Als wenn einer ein Ding von dem kaufet, welchen er weiß, daß er desselbigen nicht Herr ist."

Das österr. Allg. bürgerl. Gesetzbuch definirt in § 1461: „Jeder Besitz, der sich auf einen solchen Titel gründet, welcher zur Uebernahme des Eigenthums, wenn solches dem Uebergeber gebührt hätte, hinreichend gewesen wäre, ist rechtmäßig."

[12]) Die Gesetzrevisoren bemerken Pensum XIII. Sachenrecht Ia B zu Titel 3 S. 112: „Der rechtmäßige Besitz ist eben der justo titulo et bona fide erworbene.

[13]) Obligationen II. S. 155.

grundsatzes, welcher den Verklagten befugt, sich auf die reine Verneinung zu beschränken und abzuwarten, ob es dem Kläger gelingen werde, durch Nachweis eines Rechtes die Thätigkeit des Richters für sich in Anspruch zu nehmen." Mit anderen Worten: der § 179 bestimmt im Wesentlichen nur, daß den Kläger die Beweislast trifft, falls er behauptet: Verklagter besitze nach § 162 h. t. „ohne Rechtsgrund."

Gehen wir nunmehr nach Erledigung dieser Vorfrage auf die Klage aus dem besseren Recht zum Besitz im Einzelnen über.

Zunächst giebt das Allgemeine Landrecht im Anschluß an § 161 I. 7 eine Reihe von Spezialbestimmungen, deren Auslegung keinen erheblichen Zweifeln unterliegt.

A. Der Inhaber hat ein schwächeres Recht als Jeder, der eine Befugniß zum Besitze nachweisen kann, § 163.[14])

Er muß insbesondere die empfangene Sache seinem Autor jederzeit auf Erfordern zurückstellen, § 164.

Er kann aber die seiner Gewahrsam entkommene Sache von demjenigen wiederfordern, der sie ohne allen Rechtsgrund im Besitz hat, § 162.

Unbedenklich darf auch der ehemalige Besitzer in gleicher Weise wie der Inhaber sich auf Grund § 162 h. t. berufen und die früher besessene (resp. detinirte) Sache von jedem Dritten ohne Weiteres zurückfordern, falls er beweist, „daß dieser ohne allen Rechtsgrund" besitzt.[15]) Aber diesen Beweis muß Kläger nach § 162 allerdings führen, da gemäß § 179 ein Rechtsgrund für den Besitz des Verklagten — und zwar des Verklagten allein — vermuthet wird.[16])

B. Der unredliche Besitzer muß stets dem redlichen weichen, § 178.

Hiernach genügt es zur Substanziirung einer Besitzrechtsklage, wenn Kläger die Thatsache seines ehemaligen Besitzes und die Unredlichkeit des gegenwärtig besitzenden Beklagten darthut.

Die Redlichkeit des eigenen früheren Besitzes hat Kläger nicht

---

[14]) Vgl. Bornemann, Civilrecht I. S. 272.

[15]) Eine Anwendung davon bieten §§ 57, 60 A.L.R. I. 9. Vgl. darüber unten Not. 20.

[16]) Förster, Privatrecht III. S. 108. Irriger Weise schließt Delbrück (dingliche Klage S. 235) aus § 162, daß Kläger in allen Fällen nur die That-

speziell nachzuweisen, denn auch im preußischen Recht gilt der allgemeine Grundsatz „Quilibet praesumitur bonus.“ Es ist bereits oben (§ 4 Note 2) darauf hingewiesen, daß der Begriff der Redlichkeit sich durchaus als ein negativer Begriff qualifizirt, und es dürfte hervorzuheben sein, daß dieser negative Karakter im Allgemeinen Landrecht eine spezielle indirekte Anerkennung durch den m. E. bedeutungsvollen Mangel einer Legaldefinition gefunden hat. Das Allgemeine Landrecht bestimmt lediglich den Begriff der mala fides: „Wer es weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besitze, der heißt ein unredlicher Besitzer“ (§ 11 I. 7). Bona fides, als Kehrseite der mala fides, ist also stets da vorhanden, wo jenes „positive Bewußtsein von dem kollidirenden Rechte eines Anderen“ fehlt.[17]) Die Existenz einer solchen positiven Ueberzeugung von dem besseren Rechte Dritter und demgemäß von der Fehlerhaftigkeit des eigenen Rechtes kann nicht ohne Weiteres vermuthet werden, sondern ist speziell nachzuweisen. Bis zur Erbringung dieses Beweises wird nach preußischem wie nach gemeinem Recht die Redlichkeit stets vorausgesetzt und bedarf nicht erst eines besonderen Rechtfertigungsgrundes.“ (Wächter, Die bona fides S. 44.)

Selbstverständlich gilt das Ausgeführte auch zu Gunsten des Verklagten.[18]) Deshalb muß Kläger, wofern er auf Grund des § 178 h. t. obsiegen will, neben dem eigenen ehemaligen Besitz ausdrücklich die Unredlichkeit des Verklagten unter Beweis stellen. Bei Führung dieses Beweises steht es ihm frei, sich eventuell auf die Bestimmungen der §§ 19 I. 7 und 19 I. 15 (resp. Anhang §§ 49, 50, Verordnung vom 18. März 1811 und 13. Februar 1843) zu stützen, wonach:

> durch eine Bezeichnung der betreffenden Sache mit fremdem Namen, Wappen rc.

---

sache seines früheren Besitzes nachzuweisen habe, da die Vermuthung der Rechtmäßigkeit auch für ihn spreche. Vgl. darüber weiter oben.

[17]) Förster, Privatrecht III. S. 95 Note 3: „Weil die bona fides eine bloße Verneinung ist, so folgt, daß ihre Existenz nicht Gegenstand eines Beweises sein kann.“ Vgl. eodem S. 208; Dernburg I. S. 578; Koch, Besitz 2. Aufl. S. 95; Savigny, Oblig. II. S. 166; v. Brünneck in diesen Beiträgen XI. S. 855 Not. 2. A.G.O. Einl. § 16 und I. 13 § 28.

[18]) Förster, Privatrecht III. S. 249; Savigny, Oblig. II. S. 155; Koch, Privatrecht I. § 170.

und durch die Erwerbung von verdächtigen Personen die Vermuthung der Unredlichkeit begründet wird.

C. Weiset Jemand nach, daß ihm der Besitz einer Sache durch Gewalt, List oder Betrug entnommen worden, so ist der gegenwärtige Besitzer den Titel, aus welchem er besitzt, anzugeben verbunden, § 184 h. t.

Die Thatsache des früheren klägerischen — als redlich vermutheten — Besitzes in Verbindung mit der weiteren Thatsache eines fehlerhaften Besitzverlustes läßt hiernach den Besitz des Verklagten als einen schwächeren (weil präsumtiv unredlichen und fehlerhaften)[19] erscheinen, substanziirt den Klageanspruch und nöthigt den Verklagten zur Darlegung seines Besitzrechtes. Der bloße Beweis eines Besitzverlustes „ohne Willen" auf Seiten des Klägers nach § 34 A.L.R. I. 15 genügt hingegen zur Erzeugung der in § 184 ausgesprochenen Rechtsfolge nicht.[20] Denn der § 34 sagt ausdrücklich: „sofern Kläger beweist, daß die Sache seinem rechtmäßigen Besitz ohne seinen Willen entkommen sei, . . . . . so ist Verklagter schuldig, seinen Besitztitel anzugeben;" er verlangt also ausdrücklich den Beweis eines „rechtmäßigen", d. h. eines auf einem Rechtsgrunde, bezw. auf einem Titel beruhenden Besitzes.

Vermag Verklagter im Fall des § 184 h. t. keinen Besitztitel anzugeben, d. h. zu beweisen,[21] so ist er zur Herausgabe der Sache

---

[19]) Eine solche Präsumtion der Unredlichkeit ist wohl der legislatorische Grund des § 184, wie Savigny, Oblig. II. 161 ausführt. Bornemann, Civilrecht I. S. 262, rechtfertigt die Bestimmung durch die Fiktion, daß der fehlerhaft verlorene Besitz fortdauere, und Verklagter sonach durch Nachweis eines Titels sich überhaupt erst als Besitzer legitimiren müsse. Dagegen Savigny l. c.

[20]) So auch Savigny, Oblig. II. S. 161 Note o. Dagegen Bornemann I. S. 262 l; Delbrück, dingliche Klage S. 236; Dernburg, Privatrecht I. S. 578 Not. 8. — Ueber die juristische Bedeutung des § 34, welcher überhaupt nicht für die Klagebegründung, sondern nur für den Klageumfang von Bedeutung ist, vgl. Koch Note zu § 34 im Kommentar; v. Brünneck in diesen Beiträgen XI. 858.

Die §§ 57—60 A.L.R. I. 9, auf welche sich Delbrück l. c. weiterhin beruft, können seine Ansicht nicht stützen, da hier von vornherein als konstatirt angenommen wird, daß der augenblickliche Inhaber die betr. Sache gefunden habe, und da in Folge dessen von vornherein gleichfalls feststeht, daß er sie „ohne allen Rechtsgrund" in Händen hat. Die Entscheidung der §§ 57 ff. entspricht also durchaus dem Prinzip des § 162 h. t. (vgl. v. Brünneck in diesen Beiträgen XI. S. 854 Not. 2).

[21]) Bloße Angabe hält Bruns bei Bekker und Muther IV. 108 für ge-

an den Kläger verpflichtet, ohne daß dieser einen Titel für seinen ehemaligen Besitz darzulegen hätte.

Weiset dagegen Verklagter einen Besitztitel nach, so wird Kläger lediglich auf Grund seines früheren Besitzes trotz des fehlerhaften Besitzverlustes nicht obtiniren. Denn „durch die Verpflichtung zur Angabe des Besitztitels wird die für die Rechtmäßigkeit des Besitzes selbst streitende Vermuthung noch nicht aufgehoben“ § 187 h. t.[22]) Vermöge des Titelsnachweises hat Verklagter die aus § 184 resultirende Vermuthung der Unredlichkeit (vgl. Note 19) entkräftet. Es liegt somit wiederum der Fall des § 179 h. t. vor, es wird die Existenz eines Rechtsgrundes, einer justa causa, für den Besitz des Verklagten zu Gunsten des Verklagten angenommen, und diese Annahme kann Kläger nur durch den Nachweis eines Besitzrechtes widerlegen, nicht aber durch den Nachweis eines bloßen früheren Besitzes.

D. Es entsteht nun aber die weitere Frage, ob Kläger die Herausgabe einer Sache von dem gegenwärtigen Besitzer auch außer den in §§ 163, 178, 184 normirten Spezialfällen auf Grund seines ehemaligen Besitzes fordern dürfe; resp. wie eine dahin gehende Klage zu substanziren sei?

Offenbar bildet diese Frage den eigentlichen Kernpunkt unserer Untersuchung. Ihre eminente praktische Wichtigkeit liegt auf der Hand; denn auch im Fall eines fehlerhaften Besitzverlustes (§ 184 h. t.) wird der Beweis dieser Fehlerhaftigkeit nicht immer zu führen sein.

Rücksichtlich der Beantwortung stehen sich nun aber im Wesentlichen zwei von einander durchaus abweichende Ansichten gegenüber.

1. Einerseits wird behauptet, daß Kläger in allen Fällen durch den alleinigen Beweis seines früheren Besitzes obtinire.

---

nügend. Savigny verlangt „bescheinigte Angabe“. (Oblig. II. 161). Delbrück l. c. S. 237; Förster III. 109; Koch, Besitz 1. Aufl. S. 97 („unter Umständen“) fordern Beweis, ebenso Striethorst XI. 207. In der That wäre eine bloße Angabe inhaltlos.

[22]) Auch § 187 h. t. dürfte evident darthun, daß das A.L.R. unter „rechtmäßigem Besitz“ nicht direkt „Eigenthum“ verstehen will. Denn es ist kaum anzunehmen, daß das Gesetz für den Verklagten die direkte und absolute Vermuthung des Eigenthums auch dann aufstellen wollte, wenn Kläger einen fehlerhaften Besitzverlust dargethan hat.

2. Andrerseits verlangt die herrschende Meinung vom Kläger nicht nur den Nachweis eines Titels, sondern zugleich den Nachweis von Momenten, welche das Recht des Verklagten dem klägerischen Rechte gegenüber als das schwächere qualifiziren.

Meines Erachtens gehen beide Ansichten zu weit, die erste in der Ausdehnung, die zweite in der Einschränkung des Klagerechtes aus dem ehemaligen Besitz. Ich werde im Folgenden nachzuweisen versuchen, daß zur Substanziirung der Klage — abgesehen von den Fällen der §§ 163, 178, 184 — der Nachweis eines früheren titulirten Besitzes zwar immer erfordert wird, aber auch stets genügt.[23])

1. Die zuerst erwähnte Ansicht, welche den ehemaligen Besitzer bedingungslos bevorzugt, wird von Delbrück (dingl. Klage § 236) und Ziebarth (Realexekution § 302) vertreten. Sie stützt sich wesentlich auf die Behauptung, daß der § 179 h. t. für den früheren und gegenwärtigen Besitzer spreche, sie erscheint als eine nothwendige Konsequenz dieser Interpretation,[24]) und sie ist eben deshalb hinfällig, da § 179, wie wir gesehen haben, die Präsumtion der Rechtmäßigkeit nur zu Gunsten des gegenwärtig Besitzenden aufstellt.

2. Die herrschende Ansicht ist insbesondere von Bornemann, Koch, Förster und v. Brünneck vertheidigt worden.

Bornemann bemerkt ausdrücklich (Privatrecht I. § 54):

„Der Besitzer weicht nur dem Eigenthümer. Da nun jeder Inhaber zunächst als Besitzer gilt, so muß der vorige Besitzer, um obzusiegen, nicht nur seinen vorigen Besitz, sondern auch Folgendes nachweisen:

---

[23]) Bluntschli, deutsches Privatrecht 3. Aufl. S. 223. „Die actio Publ. des römischen Rechts wurde zu einer Klage aus früherem titulirten Besitz, A.L.R. I. 7. §§ 176, 177." Delbrück scheint hieraus den Schluß zu ziehen (Jhering, Jahrb. f. Dogmatik X. 170), Bluntschli verlange unter allen Umständen die Existenz eines Titels zur Substanziirung der Besitzrechtsklage. Mit Unrecht. Denn Bluntschli fährt fort: „Die Klage wird selbst dann mit Erfolg angestellt, wenn Kläger zwar nicht seinen Rechtstitel zum Besitz, sondern nur seinen früheren Besitz nachweisen und zugleich bescheinigen kann, daß er denselben wider Willen verloren habe."

[24]) Darauf hat bereits Savigny, Oblig. II. 153 hingewiesen. — Dernburg dagegen hält zwar an der erweiterten Interpretation des § 179 fest, sagt aber — ohne Angabe von Gründen —: „Natürlich kann Kläger durch die bloße Thatsache seines früheren Besitzes die Klage nicht substanziiren." Konsequent dürfte diese Deduktion kaum sein.

a) daß Verklagter bloßer Inhaber sei (Finder) oder
b) daß derselbe unredlicher Besitzer ist, oder
c) daß Verklagter ohne oder doch aus einem schwächeren Titel besitzt."

Koch spricht sich (Besitz 2. Aufl. S. 300, vergl. Privatrecht I. § 240) dahin aus:

„Der Kläger wird also, um seine Klage zu begründen, behaupten müssen:
entweder: daß der Beklagte ohne Rechtsgrund besitzt, § 162,
oder: daß er den Besitz durch Gewalt, List oder Betrug verloren habe, § 184,
oder: daß er sich im rechtmäßigen Besitz befunden habe und ihm die Sache ohne seinen Willen entkommen sei."

Aehnlich äußert sich Förster (Privatrecht III. § 164) mit dem Hinzufügen, daß ein schwächeres Recht des Verklagten im Falle der §§ 184 I. 7; 1, 2, 34 I. 15 präsumirt werde, und mit der Behauptung (S. 242), daß:

„hiernach der Besitzverlust wider Willen zum Fundament der Besitzrechtsklage (actio Public.) gehöre und daher auch behauptet und nachgewiesen werden müsse."

v. Brünneck sagt (Gruchot, Beiträge XI, S. 855):

„Das (dem Kläger zum Siege verhelfende) Moment ist nun zwar nicht sowohl in dem von ihm immer und unter allen Umständen (!) beizubringenden Titel zu suchen, sondern es genügt (!) oder es wird sogar bisweilen noch zum Titel hinzukommen müssen der Nachweis des besseren Rechts auf Grund des § 161, mithin
1) entweder: bona fides auf seiner Seite, während er dem Beklagten Unredlichkeit nachweist, oder
2) Nachweis seines Titels gegenüber der auf Seiten des Bekl. zwar vorhandenen, aber wie Kläger nachwies, nicht titulirten Redlichkeit, oder
3) die Möglichkeit dem Gegner bei sonst gleich gutem Recht die exceptio rei venditae et traditae oder sonst einen Umstand entgegenzusetzen, welcher geeignet ist, dessen Recht, dem seinigen gegenüber, als das geringere darzuthun."[25])

[25]) Vgl. auch weiterhin S. 858 eod. Als Kriterium für die bessere resp. geringere Qualität des Titels wird v. Brünneck insbes. die leichtere resp. schwie-

Dernburg (Privatrecht I. § 249) hebt ausdrücklich hervor, daß, „während bei der Eigenthumsklage der Schwerpunkt in dem Rechte des Klägers liege, diese Klage grundsätzlich auf das schwächere Recht des Besitzers gestellt sei." Er bemerkt dann, daß der Nachweis eines derartigen schwächeren Rechtes durch den Nachweis der mala fides (auf Seiten des Verklagten) oder durch Nachweis des eigenen Besitzverlustes wider resp. ohne Willen geschehen könne. Er fügt hinzu:

„Auch gegen einen redlichen Besitzer siegt der Kläger, wenn beide Theile zwar von demselben Rechtsvorfahren erworben haben, Kläger aber früher redlicherweise in den Besitz gesetzt war."

Alle diese im Einzelnen mannigfach differirenden Ansichten stimmen darin überein, daß — (wofern nicht §§ 163, 178, 184 Anwendung finden) — der bloße Beweis eines früheren titulirten Besitzes zur Substanziirung der Besitzrechtsklage keineswegs hinreiche, daß Kläger vielmehr speziell das „schwächere Recht" des Verklagten zu beweisen habe, ein Beweis, der, insbesondere nach Koch, Dernburg, Förster, v. Brünneck (vgl. l. c. S. 858) durch den weiteren Nachweis eines Besitzverlustes „ohne Willen" geführt wird.

Auch das preußische Ober-Tribunal stand — scheinbar wenigstens — auf einem ähnlichen Standpunkte. Die Entscheidung bei Striethorst 8, 8 stellte den Satz auf:

„Der bloße frühere Besitz begründet die Klage nur, wenn zugleich das bessere Recht zu besitzen, oder die Fehlerhaftigkeit des anderseitigen Besitzes nachgewiesen wird." —

In erster Linie beruft sich die herrschende Meinung auf den Wortlaut des § 161, welcher vom Kläger allerdings speziell den Nachweis eines „besseren Rechtes zum Besitz" erfordert. Ich werde jedoch weiter unten nachzuweisen suchen, daß trotz dieser scheinbaren Uebereinstimmung der zit. § 161 vorgedachter Ansicht nicht zur Stütze dienen kann.

Was übrigens die Tragweite und die praktischen Konsequenzen der herrschenden Meinung anbetrifft, so dürfte auf folgende Momente hinzuweisen sein. Der Kläger, welcher eine ihm gehörige Sache bei

---

rigere Ersitzbarkeit auf Grund desselben bezeichnet S. 860 ff. eod. — (Uebrigens dürfte aus dem obigen Zitat sich ergeben, daß die fragliche Abhandlung mehrfach an Unklarheiten leidet).

einem Dritten vorfindet, ist regelmäßig nicht in der Lage, das Rechtsverhältniß dieses Dritten zur Sache zu kennen. Er ist ebendeshalb aber auch nicht im Stande, von vornherein den Titel des Verklagten als den schwächeren nachzuweisen oder überhaupt die Nichtexistenz eines Titels auf Seiten desselben darzuthun. Ebenso selten aber wird es dem Kläger möglich sein, den Negativ-Beweis eines „Besitzverlustes ohne Willen" zu erbringen, wofern keine direkte gewaltsame x. Besitzentziehung (vgl. § 184 h. t.) stattgefunden hat.[26]) In allen diesen Fällen genügte nach gemeinem Recht der Nachweis eines ehemaligen Usukapionsbesitzes. Wenn nun das preußische Recht — wie die herrschende Ansicht annimmt — sich mit dem Nachweise eines früheren titulirten Besitzes nicht begnügte, sondern noch einen weiteren — thatsächlich kaum zu erbringenden — Beweis erforderte, so würde es damit — abgesehen von den Spezialfällen der §§ 162, 178, 184 — die gemeinrechtliche actio Publiciana keineswegs erweitert, vielmehr im Gegentheil sehr erheblich eingeschränkt, ja für die praktische Anwendbarkeit fast eliminirt haben. Es läßt sich kaum annehmen, daß dieses Resultat den Tendenzen der Redaktoren entspricht; den Bedürfnissen der Praxis entspricht es gewiß nicht.[27])

Meines Erachtens dürfte bei Erörterung unserer Frage vor Allem der im § 134 I. 7 ausgesprochene Satz zu beachten sein:

[26]) Wie sollte z. B. der Verlierer (namentlich, wenn er den Verlust erst später bemerkte, und wenn er — was gewöhnlich der Fall sein wird — keinen Zeugen für den Moment des Verlierens beibringen kann), den Beweis führen, daß er die Sache nicht etwa verkauft habe, sondern daß er vielmehr ihren Besitz „ohne Willen" verloren habe (Eid? vgl. C.P.O. § 410).

[27]) Hiermit dürfte der eigenthümliche und interessante Umstand im Zusammenhang stehen, daß Koch und Förster in ihren mehr praktisch-prozessualischen Werken rücksichtlich der vorliegenden Frage eine andere Ansicht entwickeln, als in ihren mehr theoretischen Systemen des Privatrechts. Koch sagt in seiner „Anleitung zur Prozeßpraxis" I. § 64 ausdrücklich: „Kläger wird nur alsdann durchdringen, wenn der Beklagte mit schwächerem Rechte besitzt. Gleichwohl gehört die Darlegung des Besitzverhältnisses des Beklagten nicht zur Begründung der Klage, weil der Kläger solches nicht kennt und zu kennen nicht verpflichtet ist, folglich sich nicht in der Lage befindet, eine antizipirende Replik zu begründen. — Förster bemerkt im „Klage und Einrede" S. 298: „Die Besitzrechtsklage aber stützt sich auf das Recht zum Besitze, welches dem Kläger zusteht, aber nicht auch auf die Thatsache, aus welcher folgt, daß Beklagter nur Inhaber, oder doch minder berechtigter Besitzer sei. Der vollständige Besitzer muß daher nachweisen, daß er die Sache als seine eigene besessen, und den Titel oder Rechtsgrund angeben, durch welchen er das Eigenthum erlangen kann."

„Von dem Rechte zum Besitz ist das Recht des Besitzes selbst verschieden.“

Diejenigen Rechtswirkungen, welche an den Besitz als solchen geknüpft sind, welche auf dem Besitz, als auf einem thatsächlichen Verhältnisse beruhen, müssen auch mit dem Verlust des Besitzes erlöschen. Sie stehen nur dem gegenwärtigen Besitzer zu, und folgeweise ist auch die Vermuthung der Redlichkeit und Rechtmäßigkeit allein für den gegenwärtigen Besitzer statuirt.

Anders verhält es sich mit dem „Recht zum Besitz,“ „dessen Wirkungen sich nach der Beschaffenheit des Besitztitels bestimmen.“ (I. 7 § 135.)

Jedes Recht trägt in sich nothwendig den Karakter der Kontinuität. Sein Dasein, seine Fortdauer ist etwas Ideelles, an sich unerweislich, „nicht durch äußere Thatsachen bedingt, sondern eine natürliche, aber unsichtbare Folge seiner einmaligen Entstehung.“[28]) Aus dem Rechtserwerb folgt demnach mit Nothwendigkeit (bis zum Beweise des Gegentheils) die gegenwärtige Existenz des Rechts. Auch im preußischen Recht wird dieser Grundsatz anerkannt.[29])

Der Besitz als solcher ist nun zwar — wie bereits erwähnt wurde — ein Faktum; das dem Besitztitel entspringende jus possidendi dagegen ist ein Recht, welches nach § 135 A.L.R. I. 2 eine dingliche Natur annimmt, sobald es sich einmal in dem Besitze thatsächlich verwirklicht hat. Wer daher eine Sache auf Grund eines solchen jus possidendi besitzt, der steht zu dieser Sache in einem bestimmten Rechtsverhältniß und hat nach der Auffassung des Allgemeinen Landrechts bezüglich der Sache ein bestimmtes, und zwar dinglich geartetes Recht erlangt, welches wie jedes Recht auch mit dem Karakter der Kontinuität ausgestattet ist.

Dementsprechend bemerkt Tevenar in den Materialien (Simon u. Strampff S. 152) unter Billigung von Suarez ausdrücklich: „daß aus dem simpeln Besitz nur interimistische Rechte, aus dem Titel hingegen, der dabei zu Grunde liegt, beständige Rechte und Wirkungen entspringen.“

Die sog. Besitzrechtsklage des preußischen Rechts karakterisirt

---

[28]) v. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 346; Savigny, Besitz S. 389; Förster, Kl. und E. S. 29.

[29]) Entsch. des Ob.-Trib. 11, 296; 18, 126; vgl. A.G.O. I. 13 § 28.

sich nun aber — wie wir oben gesehen haben — als eine petitorische Klage, als eine Klage aus dem bessern Recht zum Besitz.

Zu ihrer Begründung kann daher schon nach allgemeinen Grundsätzen der Beweis eines früheren, eines bloß faktisch vorhanden gewesenen Besitzes an sich nicht genügen. Ein solcher Beweis genügt vielmehr nur, falls zugleich die gänzliche Rechtlosigkeit (§ 162 h. t.) oder die Unredlichkeit des Verklagten bewiesen wird, bezw. (nach §§ 178—184 h. t.) zu präsumiren ist. Denn durch diesen weiteren Beweis hat Kläger dem Verklagten gegenüber seinen ehemaligen Besitz zugleich als den rechtlich besseren dargethan.

Dagegen muß andererseits zur Substanziirung der dinglichen Besitzrechtsklage der Beweis der Entstehung eines dinglichen Besitzrechtes hinreichen. (I. 7 §§ 8, 135.) M. a. W.: es wird lediglich der Beweis eines früheren, mit einem Titel verbundenen Besitzes gefordert.[30]) Durch diesen Beweis ist dann zugleich der weitere Nachweis für die derzeitige Fortexistenz eben jenes Rechtes erbracht.

Hieraus folgt: dem ehemaligen titulirten Besitzer gegenüber erscheint jeder gegenwärtige Besitzer als ein Besitzer „ohne Rechtsgrund," wenn er nicht auch seinerseits einen Titel — und zwar, wie wir sehen werden, einen stärkeren oder doch früheren Titel — nachzuweisen vermag.

Allerdings hat nach § 179 h. t. der gegenwärtige Besitzer die Vermuthung der Rechtmäßigkeit seines Besitzes für sich. Er würde daher unbedingt den Vorzug verdienen, wenn diese Vermuthung sich als Präsumtion des Eigenthums qualifizirte. Aber nach unseren früheren Ausführungen will der § 179 zu Gunsten des thatsächlich Besitzenden nur das Vorhandensein einer Befugniß zum Besitz präsumiren. Diese Präsumtion wird durch den klägerischen Beweis einer Besitzbefugniß widerlegt. Der ehemalige, als titulirt erwiesene Besitz gewährt dem Kläger ipso jure ein „besseres Recht zum Besitz" (im Sinne des § 161 h. t.), als dem Verklagten sein gegenwärtiger, wenngleich als befugt vermutheter Besitz zu gewähren vermag.

Ebendeshalb genügt aber auch der Nachweis eines früheren titulirten Besitzes zur Substanziirung der Klage.

---

[30]) Der Titel allein genügt gegen dritte Besitzer nicht, weil er nur ein persönliches Recht erzeugt, welches durch die Besitznahme erst einen dinglichen Karakter erhalten muß, um gegen Dritte wirksam zu werden. Vgl. unten § 8.

Die positiven Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts dürften dieser Rechtsanschauung entsprechen.

1. Dafür spricht m. E. zunächst die Analogie der Eigenthumsklage. Auch der Eigenthümer begründet seine Vindikation lediglich durch den Beweis eines früheren Eigenthums erwerbes, die Nichtexistenz eines Rechtes auf Seiten des Verklagten hat er nicht zu beweisen. Dem Eigenthümer wird nun aber, als gleichberechtigt, in §§ 24, 25 I. 15 und in §§ 1, 2 eod. der rechtmäßige Besitzer zur Seite gesetzt, d. h. derjenige, welcher ein Recht zum Besitz darzulegen vermag. Auch von dem ehemaligen, zum Besitz befugten Besitzer kann dementsprechend nicht verlangt werden, daß er das Nicht-Recht des Verklagten speziell darthue. Denn durch den Beweis seines eigenen Rechtes hat er zugleich bis auf Weiteres den Nachweis geführt, daß Verklagter ohne Rechtsgrund besitzt.

2. Der nämliche Gedanke scheint in §§ 175, 176 h. t. ausgesprochen: § 175: „Der vollständige Besitzer ist nur dem wahren Eigenthümer zu weichen schuldig."

§ 176: „Gegen jeden Andern hat er alle Rechte des Eigenthümers (Titel 15")).

Wie die Materialien ergeben (Simon u. Str. S. 294) war § 176 ursprünglich dahin gefaßt:

> „Der vollständige redliche Besitzer kann, so lange sein Besitz dauert, die Rechte eines Eigenthümers ausüben."

Die spätere Fortlassung der Worte „so lange sein Besitz dauert" und die ausdrückliche Verweisung auf den 15. Titel zeigt aber, daß der § 176 in seiner jetzigen Fassung gerade auch rücksichtlich der Vindikation den Eigenthümer und den vollständigen Besitzer gleichstellen sollte.

Mit Unrecht hat Ziebarth hieraus den Schluß gezogen, daß schon die Thatsache des früheren Besitzes allein eine Vindikation zu substanziiren vermöge. Denn es ergiebt sich — wie bereits Savigny (Oblig. II. 166) ausgeführt hat — aus dem Zusammenhange, insbesondere aus den §§ 178, 161—63 I. 7, §§ 1, 2, 17 I. 15, daß in dem zit. § 176 unter „vollständigem Besitzer" nur der zum Besitz befugte vollständige Besitzer zu verstehen ist. Eine solche Besitzbefugniß hat aber nach § 135 I. 7. unter allen Umständen der titulirte vollständige redliche Besitzer, welcher durch seinen Titel

gegen jeden Andern die Rechte des Eigenthümers erwirbt. In Uebereinstimmung hiermit äußerte Goßler in den Materialien:[31])

„Vom Titel hängt nicht der Besitz selbst ab, sondern nur die Rechtmäßigkeit desselben und die daraus folgende Vermuthung des Eigenthums."

3. Die §§ 161 I. 7 und 34 I. 15 stehen mit der oben entwickelten Auffassung nicht im Widerspruch.

Der § 161 h. t. fordert allerdings zur Substanziirung der Besitzrechtsklage das Vorhandensein eines „besseren Rechtes" auf Seiten des Klägers. Aber nach unseren früheren Ausführungen weist eben Kläger ein solches besseres Recht nach, indem er den Nachweis eines Titels für seinen früheren Besitz erbringt.

Der § 34 I. 15 verpflichtet den Verklagten zur Angabe seines Besitztitels, falls Kläger nachweist, „daß die betreffende Sache seinem rechtmäßigen Besitz ohne seinen Willen entkommen sei." Man könnte daraus den Schluß ziehen, daß auch für den rechtmäßigen Besitzer der Beweis des Verlustes „ohne Willen" zum Klagfundamente gehöre. Aber m. E. bezieht sich die Bestimmung des zit. § 34 ebensowenig auf das Klagfundament wie die analoge Bestimmung des § 1 eod.:

„Der wahre Eigenthümer hat das Recht, seine Sache, die seiner „Gewahrsam ohne seinen Willen entkommen ist . . . zurück„zufordern."

Sie bezieht sich vielmehr lediglich auf den Umfang des Klageanspruches (vgl. Koch, Kommentar, Anm. zu § 34), sofern im Fall des § 34 der gegenwärtige Besitzer zur unentgeltlichen Herausgabe der Sache verurtheilt wird, wenn er seinen Besitztitel nicht angeben kann. Delbrück (dingl. Kl. S. 237) hat zwar demgegenüber geltend gemacht, daß sich dies schon nach § 25 I. 15 von selbst verstehen würde, weil Verklagter nur durch einen Titelnachweis seinen etwaigen Erstattungsanspruch substanziiren könne. Dies ist zwar richtig, aber es dürfte hervorzuheben sein, daß sich nicht nur § 37, sondern auch § 39 auf den zit. § 34 zurückbezieht, und daß somit der Verklagte auf Grund des § 34 nicht bloß zur unentgeltlichen Herausgabe, sondern sogar unter Umständen zur unentgeltlichen Herausgabe als unredlicher Besitzer verurtheilt werden kann.

[31]) Simon und Strampff S. 253; ähnlich ebenda S. 214; vgl. auch die oben zitirte Aeußerung Tevenar's eod. S. 152.

Wir kommen unter diesen Umständen zu dem Ergebniß:

daß die Besitzrechtsklage in allen Fällen durch den Nachweis eines früheren titulirten Besitzes substanziirt werden kann.

Hiernach umfaßt die preußische Besitzrechtsklage auch den Fall der gemeinrechtlichen actio Publiciana. Aber freilich darf die wesentlich verschiedene Natur beider Klagen nicht übersehen werden. Denn die actio Publiciana knüpft an die Fiktion die Ersitzung an und wird durch das Vorhandensein eines Usukapionsbesitzes bedingt. In der Besitzrechtsklage erscheint dagegen das Recht des früheren titulirten Besitzers als ein, von jener Fiktion losgelöstes, selbständiges dingliches Recht, welches zwar dem Eigenthumsrechte weicht und insofern einen relativen Karakter trägt, welches aber dem Nichteigenthümer gegenüber mit der Kraft und mit der Wirkung des Eigenthumsrechtes bekleidet ist. — Uebrigens enthält die Besitzrechtsklage auch insofern eine wichtige Erweiterung der Publiciana, als sie in bestimmten Fällen (§§ 163, 178, 184) sogar durch den alleinigen Nachweis eines ehemaligen Besitzes substanziirbar ist.

Es dürfte hervorzuheben sein, daß auch die Judikatur des preuß. Ober-Tribunals — obwohl scheinbar widersprechend — doch in Wahrheit wesentlich den von uns vertretenen Standpunkt festgehalten hat.

Zwar wird bei Striethorst 8, 8 direkt der Satz aufgestellt:

„der bloße frühere Besitz begründet die Klage nur, wenn zugleich das bessere Recht zu besitzen nachgewiesen wird,"

und ebenso heißt es bei Striethorst 81, 274 in den Gründen:

„Kläger muß vielmehr darthun, daß Verklagter die Sache fehlerhaft überkommen hat oder ohne Rechtsgrund in Besitz hat, oder er muß sein besseres Recht zum Besitz nachweisen."

Aber nach Lage der Sache stehen beide Entscheidungen mit unseren obigen Ausführungen keineswegs in Widerspruch. Denn in beiden Fällen hatte Kläger — wie die Entscheidungsgründe ergeben — überhaupt keinen Titel für seinen früheren Besitz vorgebracht, und seine Abweisung war daher durchaus gerechtfertigt.

Dagegen wird bei Striethorst 4, 150 die Pflicht des fehlerfreien Besitzers zur Titelangabe nur dann verneint, „wenn der Vorbesitzer nicht einen rechtsgültigen Titel seines obgleich langwierigen Besitzes nachgewiesen hat." Der Beweis eines Besitzverlustes wider Willen ist dem klagenden Vorbesitzer hier nicht auferlegt.

In gleicher Weise wird vor Allem in der Entscheidung bei Striethorst 46, 217 durchaus die von uns vertretene Anschauung gebilligt. Der klagende Intervenient hatte in dem vorliegenden Falle den früheren Kauf des später bei einem Dritten (nicht etwa bei seinem Verkäufer) mit Beschlag belegten Wagens unter Beweis gestellt, ohne jedoch das Eigenthumsrecht seines Autors behaupten zu können. Nichtsdestoweniger erachtete das Ober-Tribunal den angetretenen Beweis für erheblich, denn: „hat Kläger den Wagen gekauft und übergeben erhalten, so hat er das Recht, die Freigebung desselben von der Exekution gegen den Exequenden zu verlangen, dessen Recht an dem Wagen nicht erhellt, auf dessen Gute vielmehr nur der Beschlag ausgeführt ist, der also nur als Inhaber angesehen werden kann." Wie aus der Sachdarstellung resp. aus den Gründen hervorgeht, war nun vom Kläger nicht etwa speziell bewiesen, daß Verklagter ohne Rechtsgrund besitze oder für ihn — den Kläger — detinirt habe. An sich hätte also der Exequendus (vgl. Bornemann I. § 54) als Besitzer, und zwar nach § 179 h. t. als rechtmäßiger Besitzer gelten müssen. Aber das Ober-Tribunal hat mit Recht angenommen, daß Kläger, indem er seinen eigenen ehemaligen titulirten Besitz nachwies, auch zugleich nachgewiesen habe, daß der Besitz des Verklagten sich als ein Besitz ohne Rechtsgrund qualifizire, daß Verklagter daher als bloßer Inhaber zu betrachten sei, und daß solcher dem Kläger weichen müsse, mit anderen Worten:

> daß der Beweis eines früheren Titels zugleich auch den Beweis eines besseren Rechtes zum Besitz involvire.

Zum Schluß ist noch eine Frage kurz zu berühren,[32]) welche zwar nicht für die Substanziirung, wohl aber für den Erfolg der Besitzrechtsklage von Bedeutung ist. Die Frage nämlich: wie bei einer Kollision zweier redlicher und titulirter Besitzer — eines früheren und eines gegenwärtigen — zu entscheiden sei.

Die Beantwortung dieser Frage war bereits im römischen Recht kontrovers (vgl. oben § 4), sie ist auch für das preußische Recht[33]) bestritten.

---

[32]) Eine eingehende Erörterung dieser Frage liegt nicht in unserer Aufgabe.

[33]) Nach der herrschenden Ansicht betr. Substanziirung der dinglichen Klage ist eine solche Kollision nur denkbar, wenn Kläger Besitzverlust wider Willen beweist, Verklagter daraufhin seinen Titel edirt, und Kläger nunmehr mit seinem

Allerdings wird bei Identität des Rechtsurhebers dem früheren titulirten Besitzers allgemein der Vorzug eingeräumt.

Bei Verschiedenheit der beiderseitigen Autoren soll dagegen nach Savigny, Bornemann, Dernburg, Bluntschli und von Brünneck der Satz gelten: „melior est causa possidentis",[34]) während Koch, Delbrück, Ziebarth und Plathner[35]) auch in diesem Fall sich für den Vorzug des älteren titulirten Besitzers entscheiden.

Nach Maßgabe und in Konsequenz unserer bisherigen Ausführungen dürfte der letztgedachten Ansicht beizutreten sein. Denn der frühere titulirte Besitzer hat durch den Besitzerwerb auf Grund des Titels in Bezug auf die betr. Sache ein dingliches Recht erlangt, und zwar nach § 176 A.L.R. I. 7 ein dem Eigenthum analoges dingliches Recht, welches er eben deshalb, so lange es existirt, gemäß § 137 I. 2, § 176 I. 7 A.L.R. gegen jeden Dritten (sc. Nichteigenthümer) zur Geltung bringen kann. Der Untergang dieses dinglichen Rechtes darf nicht ohne Weiteres vermuthet werden. Das Recht des jüngeren titulirten Erwerbers ist daher präsumtiv während der Existenz des bereits begründeten älteren dinglichen Besitzrechtes entstanden und wird dementsprechend durch jenes frühere Besitzesrecht eingeschränkt (sofern nicht etwa das Erlöschen desselben nachweisbar ist). Der Verklagte, als jüngerer titulirter Besitzer, muß unter diesen Umständen dem klagenden, älter-titulirten Vorbesitzer weichen, falls er nicht etwa sein Recht von dem Kläger selbst (exceptio rei venditae et traditae) oder von dem wahren Eigenthümer herleitet,[36]) resp. falls er nicht etwa originären Eigenthumserwerb geltend macht (exc. dominii.). Denn dadurch würde Verklagter den

---

Titel hervortritt. — Nach unserer Ansicht ist dagegen die Kollision auch dann denkbar, wenn Kläger seine Klage lediglich durch den Nachweis eines früheren titulirten Besitzes substanziirt (was ja die herrschende Meinung für ungenügend erklärt) und Verklagter sich durch Edition seines Titels vertheidigt.

[34]) Savigny, Oblig. II. 166; Bornemann, Civilrecht I. § 64; Dernburg, Privatrecht I. S. 679 N. 11; Bluntschli, deutsches Privatrecht S. 223; v. Brünneck bei Gruchot XI. S. 842 — vgl. auch Striethorst 81, 357.

[35]) Koch, Besitz 2. Aufl. S. 301; Delbrück, dingl. Klage S. 239; Ziebarth, Realexekution S. 301; Plathner, Geist des pr. Rechts II. 179.

[36]) Selbstverständlich siegt Verklagter auch dann, wenn er für sich oder einen seiner Autoren einen älteren Titel geltend machen kann, als der Kläger edirt hat. Es entscheidet eben stets der frühere titulirte Besitz.

klägerischen Anspruch entkräften und sein Recht als das stärkere erweisen.

Was nun die positiven Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts anbetrifft, so ist m. E. — abgesehen von dem schon besprochenen § 176 h. t. — insbesondere auf § 25 A.L.R. I. 15 hinzuweisen. Es heißt daselbst:

„Wer die dem rechtmäßigen Eigenthümer oder Besitzer abhanden gekommene Sache von einer unverdächtigen Person durch einen lästigen Vertrag an sich gebracht hat, muß dieselbe ebenfalls zurückgeben.“

Das Gesetz supponirt hier ausdrücklich den Fall, daß Verklagter die in Rede stehende Sache redlich gekauft, also bona fide et justo titulo erworben hat. Aber auch unter dieser Voraussetzung soll nicht nur der Eigenthümer, sondern auch der „rechtmäßige Besitzer“ dem Verklagten gegenüber zur Vindikation befugt sein. Als „rechtmäßiger Besitzer“ läßt sich nun zwar in diesem Fall der bloß redliche frühere Besitzer nicht bezeichnen, da dem Verklagten ein Titel zur Seite steht, und die §§ 163, 178 A.L.R. I. 7 sonach nicht Platz greifen. Dagegen muß allerdings — und kann auch nur — im § 25 unter „rechtmäßigem Besitzer“ derjenige verstanden werden, welcher sich auf einen früheren redlichen und titulirten Besitz stützt, ohne sich jedoch als Eigenthümer legitimiren zu können.[37]) Es liegt also im Falle des § 25 eine Kollision zweier redlicher und titulirter Besitzer vor; und eben diese Kollision wird vom § 25 im Einklange mit den sonstigen Vorschriften des Allg. Landrechtes ausdrücklich zu Gunsten des früheren titulirten Besitzers entschieden.

Uebrigens finden wir auch in den Materialien zum Allgemeinen Landrecht diese Auffassung vertreten.

Der Vorzug des älteren titulirten Besitzes wird zunächst in Klein's Materialien direkt anerkannt. Daselbst heißt es (Simon u. Strampff S. 35):

§ 196: Der titulirte Besitzer kann sein Besitzrecht gegen einen Jeden geltend machen, der nicht einen älteren oder besseren

---

[37]) Der zit. § 25 bezieht sich augenscheinlich auf den § 34 I. 15. Auch im § 34 ist unter „rechtmäßigem Besitzer“ der ehemalige titulirte Besitzer zu verstehen (vgl. oben).



Titel hat, oder von ihm selbst den Besitz zu einem bestimmten Gebrauch oder auf gewisse Zeit erhalten hat.

Der nämliche Satz ist in den sog. Kircheisen'schen Entwurf übergegangen (eod. S. 92).

In dem „ersten Entwurf" findet sich statt dessen die abweichend formulirte, aber von der gleichen Anschauungsweise zeugende Bestimmung:

§ 148: Ist der Besitz nicht durch Gewalt .... verloren gegangen, so kann er nur in sofern wieder gefordert werden, als der neue Besitzer kein besseres Recht hat, als der alte." (S. u. St. S. 158).

Diese Bestimmung ist auch in den „gedruckten Entwurf" aufgenommen worden (S. u. St. S. 286), während der darauf folgende revidirte Entwurf bereits den Wortlaut des § 161 A.L.R. I. 7 enthält (eod. S. 373).

Weshalb die letztgedachte Aenderung getroffen sei, erhellt aus den Materialien nicht. Insbesondere aber läßt sich aus den Materialen nicht entnehmen, daß durch diese Abänderung ein Vorzugsrecht des älteren titulirten Besitzers im Gegensatz zu den früheren Entwürfen negirt werden sollte.

Mit Unrecht schließt v. Brünneck (Gruchot XI. 845) wenigstens für die Person Goßler's das Gegentheil aus einer Aeußerung desselben zu § 106 des gedruckten Entwurfes.

Der gedachte § 106 bestimmte: „Der unredliche Besitzer muß immer dem redlichen weichen." Ein Monent hatte hinzufügen wollen: „ebenso auch der jüngere dem älteren, wenngleich beide die Sache von verschiedenen Besitzern überkommen haben." Hierauf bemerkte Goßler allerdings: „Ist ganz falsch und wird auf die Bemerkungen zu den §§ 43, 44 Bezug genommen (eod. S. 286).

Es ist jedoch bei dieser Aeußerung das beigefügte Allegat nicht zu übersehen.

Der allegirte § 44 handelte von der Kollision mehrerer bloß symbolischer Besitzer. Auch hier hatte ein Monent den Vorzug des älteren Besitzers behauptet, worauf Goßler — in Uebereinstimmung mit Suarez[38]) bemerkte: „Ist nur in soweit richtig, als man eine gleiche Beschaffenheit des Titels voraussetzt" (eod. S. 243).

---

[38]) Suarez bemerkte zu § 68 des „ersten Entwurfs": „der Paragraph setzt

Unter diesen Umständen scheint aus der Verweisung auf die Bemerkungen zu § 44 hervorzugehen, daß Goßler auch bei § 107 nur die unbedingte Bevorzugung des früheren Besitzers verwerfen wollte, während er selbst eine solche Bevorzugung bei gleich-titulirtem Besitz billigte.

## § 7.

## Die Klage aus dem Recht zum Besitz als Interventionsklage.

Da der Exekutionssucher durch die Abpfändung als nunmehriger Faustpfandgläubiger den unvollständigen Besitz der abgepfändeten Sache erlangt, so finden auch die Vorschriften der §§ 169 ff. A.L.R. I. 7 auf ihn analoge Anwendung.

Der Exequend kann daher über die abgepfändete Sache nicht mehr zum Nachtheile des Extrahenten verfügen. § 173 h. t.

Aber andererseits ist auch der Extrahent an das Besitzesrecht des Exequenden gebunden, § 172; sein durch die Abpfändung erworbenes Recht reicht nicht weiter, als das Recht des Exequenden selbst; „er muß daher demjenigen weichen, der gegen diesen ein besseres Recht ausführt.“ § 171 h. t.

Unter Festhaltung dieses Grundsatzes ergiebt nun eine konsequente Anwendung der oben in § 5 entwickelten Prinzipien für die Substanziirung der Interventionsklage folgende Resultate:

1. Der Intervenient begründet seine Klage hinreichend, wenn er beweist, daß der Exequendus die abgepfändete Sache als Inhaber für ihn, den Kläger (als den letzten Besitzer) detinirte und von ihm in seine Gewahrsam empfangen hat. A.L.R. I. 7 § 164.

Der Beweis kann durch Nachweisung eines Verwahrungs-, Miethe-, Leih- oder sonstigen derartigen Vertragsverhältnisses geführt werden. Als Fundament der Klage erscheint aber auch in diesem Falle nicht die betreffende Obligation, sondern die — dadurch nach-

---

den Fall voraus, daß der Besitz Mehreren zu verschiedener Zeit symbolisch eingeräumt worden, daß aber noch keiner von ihnen den körperlichen Besitz apprehendirt hat. Ist hier die Frage: welcher von ihnen hat das vorzüglichste Recht, den körperlichen Besitz zu ergreifen? so kommt es auf die Beschaffenheit des Titels an, und nur bei gleichem Titel gilt der Satz prior tempore potior jure.“ Simon und Strampff S. 141.

gewiesene — Qualifikation des Intervenienten als besser berechtigten Besitzers (vgl. unten § 8 am Ende).

2. Die Behauptung eines ehemaligen Besitzes allein genügt zur Substanziirung der Interventionsklage fernerhin, wenn Intervenient zugleich nachweist:

entweder: daß der Exequendus überhaupt ohne Rechtsgrund besaß,

oder: daß der Besitz des Exequenden ein unredlicher war,

oder: daß er (Kläger) den Besitz der Sache auf fehlerhafte Weise, durch Gewalt, List oder Betrug verloren habe.

3. Abgesehen von diesen Spezialfällen genügt zur Substanziirung einer Interventionsklage unter allen Umständen die Behauptung resp. der Beweis eines früheren rechtmäßigen, d. h. justo titulo erworbenen, mithin titulirten Besitzes. Denn dadurch legt Kläger ein Recht zum Besitz dar, welches nur durch den Nachweis eines besseren Rechtes (resp. eines älter-titulirten Besitzes) auf Seite des Exequenden elidirt werden kann. Der Intervenient kann sich ebendeshalb auf dieses Fundament in allen Fällen stützen, mag der Exequendus in eigenem Namen besessen oder bisher für den Kläger detinirt haben. Der Nachweis eines Besitzverlustes wider Willen wird dagegen zur Substanziirung der Klage hier nicht erfordert.

## § 8.

## III. Die obligatorischen Klagen.

Wir haben zum Schluß die Frage zu erörtern, ob die Interventionsklage auch auf ein zwischen dem Exequenden und dem Intervenienten bestehendes obligatorisches Rechtsverhältniß gegründet werden kann.

Meines Erachtens ergiebt sich die Beantwortung dieser Frage aus der Natur des persönlichen Rechts und aus der dadurch bedingten Natur der persönlichen Klage.

Die Obligationen erzeugen ein rechtliches Band von Person zu Person („juris vinculum"), sie verleihen dem Gläubiger lediglich ein bestimmtes Forderungsrecht gegenüber dem durch spezielle Thatsachen ihm Verpflichteten.[1]) Wie dieses Forderungsrecht selbst, so richtet

[1]) Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum . . . faciat, sed ut alium nobis abstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum, l. 3 pr. D. de O. et A. 44, 7.

sich auch die Funktion des Forderungsrechts — die dem Forderungsrecht entspringende Klage — allein gegen den Verpflichteten, resp. dessen Universalsukzessor, nicht aber gegen dritte Personen, rücksichtlich deren ein obligatorisches Verhältniß überhaupt nicht begründet ist.[2])

Allerdings kann eine Obligation mittelbar auch eine Sache zum Gegenstande haben, sofern sie den Schuldner zu einem dare, tradere, restituere verpflichtet. Aber auch hier hat der Gläubiger in Folge der Obligation lediglich ein persönliches Recht — und somit ev. auch nur eine persönliche Klage gegen seinen Schuldner erlangt, die betreffende Sache selbst ist seiner unmittelbaren Herrschaft auf Grund dieses obligatorischen Anspruches noch nicht unterworfen, und eben deshalb kann er die Erfüllung der Obligation, kann er die Leistung resp. Herausgabe der betreffenden Sache mittelst einer persönlichen Klage auch nur vom Schuldner, nicht aber von Singularsukzessoren des Schuldners fordern. Nur bezüglich der sog. actiones in rem scriptae, insbes. bezüglich der actio quod metus causa, erleidet diese Regel kraft positiver Rechtsvorschrift eine Ausnahme: „quum haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est.“ (l. 9 § 8 D. q. m. c. 4, 2.)

Die bisher entwickelten aus dem Wesen und Begriff der Obligation fließenden Grundsätze müssen m. E. auch bei Beurtheilung der uns vorliegenden Frage als leitend und maßgebend festgehalten werden.

Wie bereits erwähnt, hat der Exekutionssucher durch die pignoris capio den Pfandbesitz der abgepfändeten Sache erlangt, er ist insofern ein Singularsukzessor seines Pfandschuldners d. h. des Exequenden geworden, aber er tritt dadurch noch keineswegs in die obligatorischen Verhältnisse desselben ein.

Hieraus folgt:

1. Der Intervenient, welcher lediglich ein Forderungsrecht auf Leistung, resp. Uebertragung der abgepfändeten Sache erworben

---

[2]) cf. Gajus IV. 2: in personam actio est, qua agimus, quoties cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, contendimus, i. e. cum intendimus, dare facere praestare oportere. — l. 25 pr. de O et A. 44, 7.

hatte (z. B. auf Grund eines Kaufvertrages), kann dieses Forderungsrecht nicht auch gegen den Extrahenten geltend machen.

2. Aber er kann selbst dann nicht obligatorisch gegen den Extrahenten klagen, wenn der Schuldner ihm gegenüber (auf Grund eines Mandats, einer negot. gestio, oder auf Grund eines Verwahrungs-, eines Leih-, eines Miethvertrages ꝛc.) nicht nur zu einem Geben, sondern speziell zu einem Zurückgeben, einem restituere verpflichtet war. Denn auch hier trägt die aus der Obligation fließende Klage einen rein persönlichen Karakter und wirkt lediglich gegen den Verpflichteten. Der Extrahent aber ist dem Intervenienten in keiner Weise obligatorisch verpflichtet. Er hat den Besitz der Sache auf legalem Wege, als Sondernachfolger des bisherigen Besitzers (resp. Detentors) erlangt, und er weicht ebendeshalb auch nur demjenigen, der ein dingliches Recht an jener Sache nachweist. Nur mit Hülfe der actio q. metus causa würde auch vom Extrahenten die Herausgabe der gepfändeten Sache verlangt werden können, falls der Exequendus sich den Besitz derselben zwangsweise angeeignet hatte. —

Die herrschende Ansicht stimmt mit den von uns gewonnenen Resultaten nicht überein.

Zwar wird in dem Fall ad 1 die Intervention auf Grund eines obligatorischen Verhältnisses (z. B. eines Kaufes) wohl allgemein für unzuläßig erklärt.[3])

In dem Fall ad 2 wird dagegen von der herrschenden Meinung eine Geltendmachung obligatorischer Ansprüche auf dem Wege der Interventionsklage gestattet.

Struckmann und Koch (Kommentar z. Civilprozeßordnung) bemerken z. B. zu § 690 C.P.O.:

> „In Fällen, wo der Schuldner lediglich Detentor der gepfändeten Sache (z. B. auf Grund eines Depositum, Mandats) ist, genügt zur Intervention des Dritten gegen den Gläubiger der Nachweis des betr. obligatorischen Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der Schuldner Namens des Dritten besitzt; der Nachweis des Eigenthums oder publizianischen Besitzes ist nicht erforderlich.

---

[3]) Vgl. Siebenhaar, Kommentar zur. C.P.O. S. 644: „Ein obligatorisches Verhältniß, z. B. ein Kauf, vermöge dessen der Schuldner die Sache zu tradiren verbunden ist, berechtigt den Dritten nicht zu interveniren.

In derselben Weise äußern sich Siebenhaar[4]) und Sarwey und Thilo.[5])[6])

Diese Ansicht beruft sich in erster Linie darauf, daß der Extrahent dem Dritten gegenüber durch die Pfändung nicht mehr Rechte erwerben könne, als der Schuldner selbst gehabt habe. Indessen dürfte dieser Grund kaum durchgreifen; denn m. E. läßt sich der Satz: „nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet" für die uns vorliegende Frage überhaupt nicht verwerthen. Jener Satz will nur besagen, daß der Sukzessor, welcher in ein bestimmtes dingliches (resp. obligatorisches) Rechtsverhältniß eintritt, in Folge der Sukzession auch an die Beschränkungen gebunden ist, denen eben dieses dingliche (resp. obligatorische) Recht seines Autors unterlag. Dementsprechend herrscht ja auch kein Zweifel darüber, daß der Exekutionssucher ein definitiv gültiges Pfandrecht an der abgepfändeten Sache nur bei vorausgesetztem Eigenthumsrecht des Exequenden erlangt. Andernfalls ist der wirkliche Eigenthümer bezw. publizianisch Berechtigte zur Geltendmachung dieses seines dinglichen Rechtes mittelst einer dinglichen Klage auch dem Extrahenten gegenüber befugt. Aber in ein zwischen dem Exequenden und dem Intervenienten etwa bestehendes obligatorisches Verhältniß ist der Extrahent vermöge der Abpfändung nicht sukzedirt, und die aus jenem Verhältniß resultirende obligatorische Klage ist deshalb ihm gegenüber auch nicht wirksam. Wenn der Kommodatar oder Depositar die ihm geliehene oder zur Aufbewahrung übergebene Sache an einen gut-

[4]) Kommentar S. 645.

[5]) Kommentar II. S. 148. „Aus dem Grunde des Eigenthums kann widersprechen auch derjenige, für welchen der Schuldner als Mandatar, Depositar ꝛc. eine Sache verwahrt."

[6]) Unbestimmt drückt sich Endemann, Civilprozeß III. S. 174 aus: „Es wird nicht unter allen Umständen nöthig sein, daß der Dritte gerade ein dingliches Recht, insbesondere Eigenthum nachweist. Wie einerseits trotz Eigenthums eine Hinderung der Veräußerung nicht vorliegen kann, so ist es andererseits wohl möglich, daß auch aus einem persönlichen Rechtsverhältniß eine die Veräußerung hindernde Wirkung entspringt.

Petersen, Civilprozeß II. S. 609 scheint die obligatorischen Klagen auszuschließen. Er sagt wenigstens zu § 690: „In erster Linie kommt natürlich das Eigenthumsrecht des Dritten in Betracht. Es können aber auch andere dingliche Rechte die Befugniß zum Widerspruch begründen."

Seuffert, Civilprozeßordnung S. 720 bemerkt nur: „Welche Rechte die Veräußerung hindern, ist aus dem materiellen Recht zu beurtheilen. Gemeinrecht-

gläubigen Dritten veräußert resp. verfaustpfändet, kann alsdann der Kommodant, der Deponent dem Dritten gegenüber die actio commodati oder die actio depositi anstellen? Auch die herrschende Ansicht wird diese Frage kaum bejahen,[7]) und die Bejahung durch den Satz „nemo plus juris transferre potest quam ipse habet" begründen wollen. Der Pfändungspfandgläubiger ist aber rücksichtlich der abgepfändeten Sache, als Singularsukzessor, in der nämlichen rechtlichen Lage, wie der Käufer und wie der vertragsmäßige Faustpfandgläubiger; die Zulässigkeit der actio commodati resp. depositi ist daher in dem supponirten Falle auch ihm gegenüber zu verneinen.

Siebenhaar (l. c.) beruft sich für seine entgegengesetzte Ansicht auf die Bestimmungen der §§ 35—38 der Konkurs-Ordnung. M. E. mit Unrecht. Es kann dahin gestellt bleiben, ob im Konkurse der Anspruch auf Aussonderung durch Nachweis eines Leih- resp. Verwahrungsverhältnisses substanziirt werden könne.[8]) Eine Ausdehnung dieser dem Konkurse eigenthümlichen Bestimmungen auf Rechtsverhältnisse außerhalb des Konkurses dürfte jedoch erheblichen Bedenken unterliegen. Denn im Konkurse tritt die Gläubigerschaft vermögensrechtlich gewissermaßen an Stelle des Gemeinschuldners; sie sukzedirt in die Gesammtheit seiner vermögensrechtlichen Beziehungen, eine Singularsukzession rücksichtlich einzelner Vermögensobjekte findet nicht statt. Dadurch rechtfertigen sich die Bestimmungen der §§ 15 ff. K.O.; deshalb ist die Gläubigerschaft an die vom Gemeinschuldner geschlossenen und durch Uebergabe vollzogenen Pacht- und Miethsverträge bis auf Weiteres gebunden (K.O. § 17); ebendeshalb läßt sich auch ein Aussonderungsanspruch unter Umständen durch eine obligatorische Klage geltend machen. Keine der erwähnten Voraussetzungen trifft jedoch im Falle einer auf bestimmte Sachen beschränk-

---

lich gehören hierher insbesondere Eigenthum, dann Nießbrauch, Emphyteuse, Superfizies" . . .

[7]) Ich erinnere ferner an den bekannten gemeinrechtlichen Satz: Kauf bricht Miethe. Die Klage aus dem Miethsvertrage ist nur gegen den Vermiether wirksam, gegen den dinglichen Singularsukzessor des Vermiethers wird sie als rein obligatorische Klage nicht zugelassen.

[8]) Uebrigens ist eine derartige Substanziirung m. E. im Konkurse zulässig. — Vgl. Motive zur Konkurs-Ordnung, Anlagen zu den Verhandlungen des Reichstags 1874/75., II. Session., Aktenstück Nr. 200 S. 1433; vgl. auch Mandry l. c. S. 228.

ten exekutivischen Abpfändung zu; eben damit fallen auch die dem Konkurs eigenthümlichen Folgesätze fort.

Schließlich ist hervorzuheben, daß sich die herrschende Meinung gewiß nicht darauf stützen kann, daß § 690 C.P.O. überhaupt von einem „die Veräußerung hindernden Recht" rede, ohne obligatorische Ansprüche auszuschließen. Denn § 690 will bezüglich der Substanzirung einer Interventionsklage überhaupt keine materiellen Bestimmungen treffen. Welche Rechte die Veräußerung hindern und nach stattgehabter Veräußerung auch gegen den Singularsukzessor geltend zu machen sind, ist lediglich nach dem materiellen Landesrecht zu beurtheilen.[9])

Die bisher entwickelten Grundsätze gelten an sich für das preußische Recht nicht minder wie für das gemeine Recht; denn auch das Allg. Landrecht erkennt den Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten ausdrücklich an:[10])

> § 123 I. 2: „Ein persönliches Recht enthält die Befugniß, von dem Verpflichteten zu fordern, daß er etwas geben, leisten, verstatten oder unterlassen solle."
>
> § 137 eod.: „Rechte auf die Sache können von dem Berechtigten gegen Jeden, in dessen Gewahrsam, Besitz .... die Sache kommt, ... ausgeübt werden."

Indessen bedürfen für das Allg. Landrecht noch zwei Punkte einer besonderen Hervorhebung:

1. Das sog. jus ad rem, das persönliche Recht zur Sache, hat im Allg. Landrecht eine eigenthümliche Gestaltung erfahren. §§ 3—6 A.L.R. I. 19 bestimmen nämlich, daß ein persönlich zur Sache Berechtigter seinen obligatorischen Anspruch auch selbst einem dinglich berechtigten Dritten gegenüber geltend machen kann, falls der Dritte bei Erwerbung seines dinglichen Rechtes den bereits bestehenden kollidirenden Anspruch des Gläubigers kannte. Es ließe sich die Frage aufwerfen, ob jene Bestimmung auch auf den Pfändungspfandgläubiger analog anzuwenden sei, ob also auch der Exekutionssucher zur Freigabe der abgepfändeten Sache gezwungen werden könne, falls

---

[9]) Vgl. Sarwey und Thilo, Kommentar II. S. 148; Seuffert l. c. S. 720; Puchelt, Civilprozeßordnung II. S. 323; Struckmann und Koch, Kommentar zu § 690.

[10]) Vgl. Förster, Klage und Einrede S. 15 ff.; Franklin in diesen Beiträgen V. S. 7 ff.

ihm bei der Abpfändung ein bereits bestehendes jus ad rem des Intervenienten bekannt war. M. E. ist diese Frage jedoch zu verneinen. Denn die §§ 3—6 haben, wie Olshausen mit Recht ausführt, lediglich den Fall im Auge, wo nicht nur das frühere Recht zur Sache, sondern auch das spätere dingliche Recht auf Grund eines mit dem Schuldner geschlossenen Rechtsgeschäftes entstanden war. Das dem Pfändungspfandgläubiger an der abgepfändeten Sache zustehende Recht ist aber nicht durch ein Rechtsgeschäft erzeugt, sondern die Folge eines zwangsweisen Verfahrens, welches den Exekutionssucher ohne Rücksicht auf den Willen des Schuldners zum Singularsukzessor desselben macht. Eben deshalb können auch §§ 3—6 A.L.R. I. 19 im vorliegenden Fall keine Anwendung finden.[11])

2. Wenn der Exequendus die später abgepfändete Sache auf Grund eines obligatorischen Rechtsverhältnisses (Kommodat, Depositum ꝛc.) für den Intervenienten detinirte, so kann der Letztere zwar nach preußischem Recht unter Berufung auf jenes Rechtsverhältniß auch vom Extrahenten interventionsweise die Herausgabe der abgepfändeten Sache fordern. Aber diese Befugniß resultirt lediglich aus der eigenthümlichen Ausbildung, welche das dingliche Recht überhaupt und damit auch die dingliche Klage im Allg. Landrecht gefunden hat. Nicht die Obligation erscheint in diesem Falle als Klagefundament, sondern das durch die Obligation und den ehemaligen Besitz der Sache bewiesene bessere Besitzesrecht des Klägers. (Vgl. oben § 7.)

## § 9.

## Resultat.

Die Ergebnisse unserer Untersuchungen lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

I. Die Freigabe abgepfändeter (d. h. formell ordnungsmäßig abgepfändeter) Sachen kann weder nach gemeinem noch nach preußischem Recht durch ein possessorisches Rechtsmittel erzwungen werden. (§ 3.)

II. Eben so wenig läßt sich eine Interventionsklage durch Berufung auf ein obligatorisches Rechtsverhältniß substanziiren. (§ 8.)

III. Dagegen genügt nach gemeinem wie nach preußischem Recht

---

[11]) Olshausen, Einsprüche S. 67.

der Nachweis des Eigenthums unter allen Umständen zur Begründung eines Interventionsanspruches. (§ 4.)

IV. Neben der rei vindicatio ist gemeinrechtlich die actio Publiciana zulässig, welche den Beweis eines ehemaligen Usukapionsbesitzes erfordert. (§ 5.)

V. Die preußische Besitzrechtsklage dagegen umfaßt zwar auch den Fall der actio Public., geht aber über die actio Publiciana hinaus. (§§ 6—7.) Denn nach Allgemeinem Landrecht läßt sich die Interventionsklage einerseits stets auf den Nachweis eines früheren titulirten Besitzes gründen. Andererseits aber genügt zu ihrer Begründung auch der Nachweis eines bloß früheren Besitzes, wofern zugleich weiterhin nachgewiesen wird, daß die Voraussetzungen der §§ 163, 178, 184 A.L.R. I. 7 zutreffen, oder daß der Exequend die gepfändete Sache bisher für den Intervenienten detinirte. (§ 171 ff. I. 7.)

---

Nr. 10.

## Ueber die rechtzeitige Annahme des einem Abwesenden übersendeten Antrags zum Abschluß eines Versicherungs-Vertrages nach dem Preuß. Allg. Landrecht und dem Handelsgesetzbuche.

Von dem Herrn Geh. Justizrath Dr. von Kräwel in Naumburg.

---

Wenn auch durch die Vorschriften des A.L.R. und des Handelsgesetzbuches manche hierher gehörige Streitfrage des gemeinen Rechts ihre Erledigung gefunden hat, so bietet die Anwendung dieser Vorschriften doch immer noch Schwierigkeiten, welche auch bei der Entscheidung des folgenden Falles hervorgetreten sind.

Der auf Gegenseitigkeit beruhenden Lebensversicherungsgesellschaft zu Potsdam war zu Händen ihres Agenten in Erfurt am 13. Mai ein Versicherungsantrag überreicht. Der Agent schickte den Antrag sofort ein. Die entsprechende Police wurde am 16. Mai ausgefertigt, aber dem Antragsteller erst am 24. Mai zugestellt, während derselbe bereits am 18. Mai in einem an die Direktion gerichteten Schreiben seinen Antrag zurückgenommen hatte. Er verweigerte deshalb die Zahlung der von der Gesellschaft eingeklagten Prämie.

Zunächst fragte es sich, ob der Streit nach den Vorschriften des A.L.R. oder denen des Handelsgesetzbuches zu entscheiden sei.

Das Handelsgesetzbuch erklärt im Art. 271 Nr. 3 zwar die Uebernahme einer jeden Versicherung gegen Prämie für ein Handelsgeschäft, und im vorliegenden Fall sollte der Verklagte allerdings die eingeklagte Prämie bezahlen. Das R.O.H. sieht jedoch (Erk. v. 1. Dez. 1871 Bd. 4 S. 201 der Entscheid.) die Versicherung auf Gegenseitigkeit nicht als Handelsgeschäft an, denn wenn auch feste Prämien eingezahlt werden, so erschienen diese doch nur als Vorschüsse zur Bestreitung der Ausgaben.

Allerdings sieht das Handelsgesetzbuch nur die Uebernahme einer Versicherung gegen Prämie als ein Handelsgeschäft an. Bei der Versicherung auf Gegenseitigkeit übernimmt aber die Gesellschaft die Versicherung der Gefahr nicht für eine bestimmte feste Prämie, sondern je nach dem Ergebniß des Geschäftsjahres hat der Versicherer noch nachzuzahlen oder etwas herauszubekommen. Dies rechtfertigt die Ansicht des R.O.H.

Eine andere Frage ist es aber, ob das Handelsgesetzbuch wohl daran gethan hat, diesen Unterschied zu machen.

Es war beantragt, auch die gegenseitigen Versicherungen für Handelsgeschäfte zu erklären, weil sie zum großen Theil im Interesse des Handels geschlossen würden. Man ging aber darauf nicht ein, weil ein wesentliches Erforderniß eines jeden Geschäftes, welchem die Eigenschaft eines Handelsgeschäftes zugestanden werden solle, darin bestehe, daß es in der Absicht, Gewinn zu machen und dadurch zu erwerben, vorgenommen werde. Dies liege bei demjenigen wohl vor, der einen Anderen gegen Prämie versichere, denn der Erstere wolle dadurch erwerben, daß der von dem Zweiten gefürchtete Schaden nicht eintrete, und ihm die Prämie ohne Verpflichtung, Ersatz für irgend einen Schaden zu leisten, als reiner Gewinn verbleibe. Dagegen fehle es an diesem Erforderniß gänzlich auf Seiten des gegen Zahlung einer Prämie Versicherten, welcher deshalb auch seinerseits durch Eingehung des Versicherungsvertrages kein Handelsgeschäft mache, und ebenso bei den gegenseitigen Versicherungen. Bei den letzteren könne von einem Gewinn gar nicht die Rede sein, sondern im besten Falle, wenn den Versicherten kein Schaden treffe, nur davon, daß derselbe keinen Schaden erlitten habe. (Protokolle S. 5056—5058.)

Indeß rechtfertigen diese Gründe den gefaßten Beschluß nicht, denn z. B. bei der Lebensversicherung spekulirt der Versicherungs-

unternehmer darauf, dadurch einen Gewinn zu machen, daß er weniger an Prämie entrichten werde, als das nach seinem Tode auszuzahlende Kapital beträgt. Aber auch derjenige spekulirt, welcher, in Hinblick auf die bloße Möglichkeit eines Schadens, dem nur drohenden Verluste durch die Bezahlung einer Prämie vorbeugt. Auch war ganz richtig bei der Begründung des Antrags hervorgehoben, daß nicht die Spekulation das Versicherungsgeschäft zu einem Theile des Handelsrechts mache, sondern daß sich das ganze Versicherungswesen aus der Seeversicherung und somit als ein Hülfsgeschäft des Handels entwickelt habe. Darauf weist auch Goldschmidt (Handbuch des Handelsrechts § 49 I.) hin. Wenn auch nicht alle Versicherungsarten dem Handel dienen, so werden dieselben doch von gemeinschaftlichen wirthschaftlichen und rechtlichen Grundsätzen beherrscht. Der gewerbsmäßige Betrieb der Versicherungsgeschäfte bewegt sich deshalb immer in kaufmännischen Formen.

Weil aber die Versicherungen auf Gegenseitigkeit nicht zu den Handelsgeschäften gehören, kommen für die Entscheidung derselben Rechtsfragen jetzt entweder die Vorschriften des Handelsgesetzbuches oder des A.L.R. zur Anwendung, je nachdem die versichernde Gesellschaft auf Gegenseitigkeit oder gegen feste Prämie versichert.

Kehren wir nun zu unserem Streitfall zurück, so war nur zu entscheiden, ob der am 18. Mai erfolgte Widerruf des Antrags rechtliche Wirkung hatte, oder ob er zu spät kam.

In dieser Hinsicht bestimmt das A.L.R. Thl. I Tit. 5:

§ 96. Ist der Antrag unter Abwesenden schriftlich geschehen, so kommt es auf den Zeitpunkt an, da der Brief an dem Orte, wo der Andere sich aufhält, nach dem gewöhnlichen Laufe der Posten hat eingehen können.

§ 97. Mit der nächsten fahrenden oder reitenden Post, welche nach diesem Zeitpunkte abgeht, muß der Antrag beantwortet werden.

§ 98. Doch ist, wenn mit der ersten Post keine Antwort erfolgt, der Antragende schuldig, noch den nächstfolgenden Posttag, wegen möglicher Zwischenfälle, abzuwarten.

§ 102. In allen Fällen, wo nicht ein Anderes ausdrücklich bestimmt ist, wird dafür gehalten, daß die Annahme in dem Zeitpunkte geschehen sei, wo der Annehmende alles gethan hatte, was von seiner Seite zur Bekanntmachung seiner Erklärung an den Antragenden erforderlich war.

§ 103. Sobald aber die vorstehend bestimmten Fristen zur Erklärung über den Antrag fruchtlos verlaufen sind, kann der Antragende zurücktreten.

Das Appellationsgericht zu Naumburg führte nun in seinem Erkenntniß vom 15. März 1879 aus, daß der Antrag vom 18. Mai vom Verklagten rechtzeitig zurückgenommen sei, weil es nicht darauf ankomme, daß die Gesellschaft die Police schon am 16. Mai ausgefertigt habe. Vielmehr gehöre nach § 102 a. a. O. zur Wirksamkeit der Annahme, daß der Annehmende Alles gethan habe, was von seiner Seite zur Bekanntmachung seiner Erklärung an den Antragenden erforderlich war. Die klagende Gesellschaft habe aber nicht einmal behauptet, daß sie vor dem Widerruf die Police an den Verklagten abgesendet habe.

Dagegen lautet Art. 319 des Handelsgesetzbuches:

> Bei einem unter Abwesenden gestellten Antrage bleibt der Antragende bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei ordnungsmäßiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf. Bei der Berechnung dieses Zeitpunktes darf der Antragende von der Voraussetzung ausgehen, daß sein Antrag rechtzeitig angekommen sei.

Hier tritt also an die Stelle der im A.L.R. ausgesprochenen unbedingten Pflicht, die Antwort sogleich mit der nächsten Post abzusenden, das Ermessen des Richters, zu welcher Zeit im vorliegenden Falle die Absendung der Antwort ordnungsmäßig erfolgen konnte.

Nicht ohne Grund hatte die klagende Gesellschaft hervorgehoben, daß die Annahme eines Antrags auf Lebensversicherung nicht sofort ohne vorherige Prüfung der Richtigkeit der Angaben des Versicherten erfolgen könne. So sagt denn auch das R.O.H.G. in seinem Erkenntniß vom 18. April 1874 (Bd. 13 S. 163 der Entscheidungen): Die Meinung, daß unter „rechtzeitig“ die Benutzung gerade auch des nächsten Transportmittels zu verstehen sei, ist eine irrthümliche, sie findet im Gesetze keinen Anhalt. Es muß vielmehr dem Empfänger der Offerte eine dem Gegenstande und dem gewöhnlichen ordentlichen Geschäftsverkehre angemessene Frist zur Prüfung der Offerte gewährt werden, und muß der Antragende auch bei Berechnung des Zeitpunktes, bis zu welchem der Eingang der Antwort zu erwarten steht, auf diese Umstände gebührende Rücksicht nehmen, er bleibt bis zu diesem Zeitpunkte an seinen Antrag gebunden.

Es ist dies ein sehr erheblicher Unterschied zwischen den Vorschriften des H.G.B. und des A.L.R.

Besondere Schwierigkeiten macht aber noch § 101 A.L.R. I 5:

Geschieht der Antrag einer Korporation oder Gemeinde, so muß der Antragende auf die Erklärung derselben so lange Zeit warten, als erforderlich ist, daß über den Antrag ein verfassungsmäßiger Entschluß genommen und ihm bekannt gemacht werden könne.

Die klagende Gesellschaft stützte sich ganz besonders darauf, daß ihr diese Vorschrift zu statten komme.

Das Appellationsgericht zu Naumburg führte in seinem Erk. v. 15. März 1879 aus: daß dieser Paragraph auf die Klägerin Anwendung finde, weil sie in der Weise einer Korporation organisirt sei. Deshalb fänden die Vorschriften, welche Thl. II Tit. 6 A.L.R. für die Korporationen gegeben sind, auch auf die Klägerin Anwendung. Das A.L.R. schreibe aber a. a. O. vor:

§ 117. Den Repräsentanten einer Korporation kommt die Ausübung der äußeren Rechte der Gesellschaft und die Besorgung der Geschäfte mit Fremden zu.

§ 118. Dergleichen Geschäfte sind die Repräsentanten in der Regel ohne weitere Rückfrage mit der Gesellschaft abzuthun berechtigt.

Als solche Repräsentantin sei aber die Direktion der klagenden Gesellschaft anzusehen. Sie bedürfe also vor ihrer Beschlußfassung über Annahme des Antrags auf Versicherung keiner Rückfrage an die Gesellschaft, sondern könne denselben ohne Weiteres annehmen und dies dem Antragenden eröffnen. Ueberdies stehe fest, daß die Police schon am 16. Mai ausgefertigt, also schon an diesem Tage der Entschluß der Annahme gefaßt sei. Anstatt aber die Police ungesäumt abzusenden, habe die Direktion damit so lange gezögert, daß der Antragende inzwischen von seiner Befugniß zum Rücktritt Gebrauch machen konnte.

Setzt man indeß den Fall, daß der Antrag einer Gesellschaft gemacht wäre, welche gegen feste Prämie versichert, so wäre die Versicherung ein Handelsgeschäft gewesen, auf dieselbe wären daher nach Art. 1 des H.G.B. zunächst die Vorschriften dieses Gesetzbuchs anzuwenden gewesen. Die Landesgesetze kommen dann nur insoweit zur Anwendung, als das H.G.B. keine Bestimmungen enthält.

Deshalb wäre es zunächst zweifelhaft, ob im vorliegenden Falle

auch § 101 A.L.R. I. 5 Anwendung fände, oder ob an dessen Stelle die Vorschriften des H.G.B. treten. Man muß wohl sagen: das H.G.B. enthält darüber keine Bestimmungen, wie rasch sich Korporationen und Gemeinen über die ihnen gemachten Anträge zu erklären haben, deshalb findet § 101 A.L.R. I. 5 Anwendung.

Indeß wird auch unter Anwendung des H.G.B. die Entscheidung kaum anders ausfallen können, weil zu der im H.G.B. vorgeschriebenen ordnungsmäßigen Absendung auch die verfassungsmäßige Beschlußfassung vor der Absendung gehört.

Wir sehen, wie erheblich in dieser einen Frage das H.G.B. vom A.L.R. abweicht. Doch sind es keineswegs die besonderen Bedürfnisse des Handelsverkehrs, sondern ganz allgemeine Erwägungen, welche diese Abänderung herbeigeführt haben. Denn es heißt S. 122 und 123 der Motive zum preußischen Entwurf:

„Die Vorschriften des A.L.R. entsprechen nicht mehr dem gegenwärtigen Stande des Kommunikationswesens. Da letzteres überdies einer fortwährenden Entwickelung unterliegt, so scheint es überhaupt nicht geboten, derartige genau bestimmte Akzeptationsfristen festzusetzen. Vielmehr muß es den Vorzug verdienen, nur im Allgemeinen das Prinzip aufzustellen, daß schriftliche Anträge den Antragenden so lange binden, bis nach dem regelmäßigen Geschäftsgange die umgehende Antwort bei ihm eintreffen muß."

Wie in den Art. 318—321, so enthält aber das H.G.B. in seinen allgemeinen Vorschriften über die Handelsgeschäfte viele Bestimmungen, welche für alle Verträge passen und nur deshalb in das H.G.B. aufgenommen sind, um dadurch die sich widersprechenden Vorschriften der Landesgesetze wenigstens für die Verträge im Handelsverkehr außer Kraft zu setzen.

Man wird daher nicht wenige dieser Vorschriften des H.G.B. in unser deutsches bürgerliches Gesetzbuch aufnehmen müssen. Daraus wird die Beschränkung des H.G.B auf solche Abweichungen folgen, welche das besondere Bedürfniß des Handelsverkehrs erheischt.

Dagegen wird man nicht umhin können, aus den oben angegebenen Gründen in das H.G.B. die wesentlichsten Grundsätze für das Versicherungswesen aufzunehmen, während jetzt das H.G.B. im 11. Titel des 5. Buches nur von den Besonderheiten der Versicherung gegen die Gefahren der Seeschifffahrt handelt.

## Nr. 11.

# Die durch den Prozeßrichter vermittelte Vormerkung.

Von dem Herrn Landrichter Kindel in Halle.

---

### A. Begriff der Vormerkung.

Das Gesetz vom 5. Mai 1872 kennt eine doppelte Art der Vormerkung, die bewilligte Vormerkung, welche auf Grund der Bewilligung des zu Beschränkenden eingetragen wird, und die nicht bewilligte Vormerkung, deren Eintragung nur durch die Vermittlung des Prozeßrichters herbeigeführt werden kann. Die erste Art der Vormerkung interessirt uns hier nicht, sie hat auch in der Praxis nur eine geringe Bedeutung, da, soweit die Parteien einig sind, sie in der Regel die Form der definitiven Eintragung wählen werden, wir beschäftigen uns nur mit der durch den Prozeßrichter vermittelten Vormerkung. Der technische Begriff dieser Vormerkung ist aber der:

„Sie ist eine vorläufige Eintragung zur Sicherung eines Rechts am Grundstück."

Sie ist eine vorläufige Eintragung, weil das ihr unterstehende materielle Recht zwischen den Parteien noch streitig ist und erst durch Prozeß oder sonst definitiv festgestellt werden soll. Ihr Zweck ist die Sicherung eines Rechts, und zwar soll sie im Wesentlichen vorbeugen den Gefahren, welche dem nicht eingetragenen materiellen Rechte aus der entgegenstehenden Eintragung drohen. Derjenige, welcher als Eigenthümer eines Grundstücks eingetragen ist, vermag über dasselbe zu verfügen, es aufzulassen, dingliche Rechte, Hypotheken, Grundschulden zu bestellen, und der Erwerber im guten Glauben erlangt ein Recht aus diesen Verfügungen trotz des mangelnden Rechts seines Auktors und unter Vernichtung des neben dem Bucheigenthume stehenden materiellen Rechts. Die Vormerkung soll nun das außerhalb des Grundbuchs stehende materielle Recht gegen die Verfügungen des als Eigenthümer Eingetragenen sichern, und ihre Bedeutung ist im modernen Rechte noch dadurch erhöht, daß die Rechte aus der Eintragung erweitert, die dem materiellen Rechte drohenden Gefahren also vermehrt sind.

Als technischer Begriff, nämlich als Schutzmittel eines Rechts am Grundstücke, setzt sie ein besonderes, nicht eingetragenes Recht am Grundstück voraus. Daher sind der Subhastationsvermerk, der Konkursvermerk, die Eintragung wegen eines bewilligten Moratoriums, der Lehns- oder Fideikommißqualität u. s. w. keine Vormerkungen, weil sie nicht ein einzelnes Recht am Grundstück sichern sollen, sondern im Interesse einer Gesammtheit von Betheiligten stehen, ebensowenig sind die Eintragungen der Prodigalität, der Enterbung aus guter Absicht u. s. w. Vormerkungen, weil sie dem Interesse des als Eigenthümer Eingetragenen selbst dienen. Auch ist zu beachten, daß alle diese Vermerke definitive Eintragungen sind und ein streitiges materielles Recht nicht zur Voraussetzung haben. Es ist ein die ganze Lehre von den Vormerkungen verwirrender Fehler, daß man die vorläufige Eintragung eines Rechts nicht streng von den definitiv eingetragenen Verfügungsbeschränkungen gesondert hat.

Jedoch muß man sich hüten, den Begriff des Rechts am Grundstücke etwa auf dingliche Rechte am Grundstücke beschränken zu wollen. Nach den Prinzipien des Gesetzes vom 5. Mai 1872 soll es ja ein dingliches Recht außer dem eingetragenen der Regel nach nicht geben, und das dingliche, also eingetragene Recht bedarf selbstverständlich nicht mehr der Vormerkung. Unter Recht am Grundstück ist ein jedes Recht zu verstehen, welches eine Befugniß über das Grundstück verleiht, und aus diesem erweiterten Begriff werden wir unten die weitreichendsten Konsequenzen ziehen.

## B. Die materiellen Voraussetzungen der Vormerkung.

### I. Die materiellen Voraussetzungen der Vormerkung wegen eines Rechts, das nicht in einem Geldanspruch besteht.

a) Altes Recht:

Vor dem Gesetze vom 5. Mai 1872 schied man die vorläufigen Eintragungen auf Grund eines zu sichernden Rechtes in protestationes pro conservando jure und Arrestprotestationen. Von diesen interessiren hier vorläufig nur die ersteren, weil die Arrestprotestation in der Regel einen Geldanspruch zur Voraussetzung hat, und wir uns zunächst nur mit denjenigen Protestationen bezw. Vor-

merkungen beschäftigen wollen, welchen nicht ein Geldanspruch zu Grunde liegt.

Man lehrte nun, daß die protestatio pro conservando jure ein dingliches Recht voraussetze, und an der Richtigkeit dieser Lehre im Allgemeinen kann füglich nicht gezweifelt werden. Der § 289 Hyp.=O. II. 6 bestimmt:

„Protestationen werden eingelegt, wenn Jemand einen Realanspruch an ein Grundstück behauptet, den er aber, sofort liquide zu machen, ohne seine Schuld verhindert wird.

§ 290:

„Wegen bloß persönlicher Anforderungen findet keine Protestation statt.

§ 86 Hyp.O. II. 2:

„Andere Verträge, wodurch einem der Interessenten oder auch einem Dritten ein persönliches Recht beigelegt wird, qualifiziren sich gar nicht zur Eintragung.

Der § 107 Hyp.=O. II. 2 setzt ebenfalls ein Realrecht voraus, und ebenso bedienen sich die §§ 46, 47 des Gesetzes vom 24. Mai 1853 des Ausdruckes „Realrecht." Wenn nun auch das Wort „dingliches Recht" vermieden ist, und wir werden unten sehen, aus welchem Grunde dies geschehen, so scheint doch aus diesen Bestimmungen zu folgen, daß der Regel nach ein bereits vorhandenes dingliches Recht die Unterlage der Protestation sein müsse.

Hiernach ist nie bezweifelt worden, daß nur das dingliche Rückforderungsrecht, niemals das persönliche Rückforderungsrecht zur Beantragung der Protestation berechtigte. Es ist bekannt, daß einem früheren Besitzer ein Rückforderungsrecht von doppelter Art zustehen kann, einmal die Vindikation, wenn er trotz Verlust des Besitzes und der Eintragung wirklicher Eigenthümer geblieben ist, die condictio aus einem Mangel des Rechtsgeschäftes, wenn zwar die Tradition die Wirkung der Eigenthumsübertragung gehabt hat, der zu Grunde liegende Kontrakt aber angefochten werden kann. Eine protestatio pro conservando jure (in diesem Falle auch pro conservandis exceptionibus genannt) kann also nur der wirkliche, nicht eingetragene Eigenthümer, nicht derjenige eintragen lassen, welcher nur einen persönlichen Anspruch auf Rückgewähr des Grundstücks hat. Der letztere muß auf Grund des § 290 Hyp.=O. II. 6 mit seinem Antrage auf Eintragung einer Protestation abgewiesen werden, nach

§ 86 Hyp.-O. II. 2 qualifizirt sich sein persönliches Recht gar nicht zur Eintragung.[1])

Auf dem Gebiete der Rechte auf Gewähr der Eintragung begründete lediglich der durch die Tradition dinglich gewordene Anspruch das Verlangen auf Einschreibung der Protestation. Wer also gekauft und übergeben erhalten hatte, konnte die Eintragung einer Protestation fordern, dagegen war er mit seinem Gesuche abzuweisen, sobald er nur einen Kaufvertrag vorzulegen im Stande war. Die Tradition begründete erst das dingliche Recht, und dieses allein sollte gegen die Gefahren geschützt werden, welche ihm aus der noch vorhandenen Eintragung eines Dritten drohen.

Nicht anders verhält es sich auf dem Gebiete der unvollständigen Rechte an Grundstücken. Eine Protestation war nur dann einzutragen, wenn ein durch Tradition oder ausnahmsweise durch Vertrag dinglich gewordenes Recht vorlag, nicht wenn ein bloßer Titel zum dinglichen Rechte vorgelegt wurde.

Nach altem Rechte hatte der Regel nach nur die auf Grund eines dinglichen Rechts eingetragene protestatio pro conservando jure Rechtswirkung.

b) Neues Recht.

Der für das alte Recht gefundene Grundsatz ist durch das Gesetz vom 5. Mai 1872 beseitigt. Zu diesem Satze wird man sich bekennen müssen, selbst wenn man annimmt, daß es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat, in der Vormerkung die alte protestatio pro conservando jure zu erhalten.

Die Vormerkung setzt nicht mehr das dingliche Recht, sondern überhaupt nur ein Recht am Grundstücke voraus und genügt auf dem Gebiete, das wir zunächst betrachten, insbesondere der Titel zum dinglichen Recht.

Zunächst kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß dingliches und persönliches Rückforderungsrecht in gleicher Weise den Antrag auf Eintragung einer Vormerkung begründen. Der § 9 des G.E.G. verordnet allgemein:

„Gegen diesen Nachtheil (gegen das Verfügungsrecht aus der Eintragung des Eigenthumsüberganges) kann sich der Anfech-

---

[1]) In § 52 der Hypothekennovelle ist später freilich ein Arrest wegen aller persönlichen Individualrechte gegen das Grundstück anerkannt.

tungskläger durch die von dem Prozeßrichter nachzusuchende Eintragung einer Vormerkung sichern.

Es wird nicht geschieden, aus welchem Grunde die Anfechtung erfolgt, ob aus einem dinglichen oder persönlichen Rückforderungsrechte, und wo der Gesetzgeber nicht unterscheidet, kann unmöglich nur aus Anhänglichkeit an das alte Recht die im Gesetze nicht gegebene Unterscheidung zurückgeführt werden. Dazu kommt, daß der Gesetzgeber von der freilich unrichtigen Idee ausging, daß es der Regel nach neben dem Bucheigenthume ein materielles Eigenthum nicht mehr geben solle, er also nach dieser Idee im § 9 persönliche Rückforderungsrechte im Auge gehabt haben muß, und endlich hat er sich des Wortes „Anfechtungskläger" bedient, eines Ausdrucks, der nicht sowohl für die Vindikation, wie für die condictio verwendbar ist.

Jeder Zweifel muß aber schwinden, wenn man berücksichtigt, daß zweitens der Titel zum Eigenthume den Antrag auf Eintragung einer Vormerkung rechtfertigt. Der § 8 des G.E.G. verordnet:

„Eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung . . . . kann eingetragen werden . . . .

Als Voraussetzung der Vormerkung wird also das Recht auf Auflassung hingestellt. Ein Recht auf Auflassung giebt aber schon der Vertrag, da man aus ihm auf Auflassung klagen kann.

Die Festhaltung des alten Prinzips würde auch einen direkten Verstoß gegen die neuen Prinzipien des Gesetzes vom 5. Mai 1872 enthalten. Das dingliche Recht, das Eigenthum, soll grundsätzlich erst durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges erworben werden, also kann das Recht, das zur Vormerkung berechtigt, das seiner Natur nach noch nicht eingetragen sein darf, nicht Eigenthum, nicht ein dingliches Recht sein. Hiernach war zwar nach altem Rechte grundsätzlich nur das dingliche Recht Voraussetzung der Protestation, nach neuem Rechte genügt für die Vormerkung der Titel zum dinglichen Rechte. Auch läßt sich in dieser Neuerung ein wirklicher Fortschritt erblicken, da man es mit dem Beweis der Uebergabe doch nicht genau nehmen konnte, und schon das vielleicht fingirte Bekenntniß der Uebergabe für genügend angesehen werden mußte. Gewiß unrichtig und den Prinzipien der modernen Gesetzgebung widersprechend ist daher die allgemein lautende Bemerkung des Ober-Tribunals in dem Bescheide vom 29. Juni 1878 (Gruchot Bd. 23 S. 454):

„Eine Vormerkung ist aber nach dem Gesetze vom 5. Mai 1872 u. s. w. nur da zulässig, wo ein dingliches Recht an dem Grundstück, nicht da, wo ein obligatorischer Anspruch an den Eigenthümer desselben allein in Frage steht.

Gerade das Erforderniß des dinglichen Rechts ist durch das Gesetz vom 5. Mai 1872 beseitigt und mußte nach seinem Grundprinzipe beseitigt werden. Die Arrestprotestation wegen des persönlichen Forderungsrechtes auf Grundstücke (§ 52 der Hypothekennovelle) ist in den Begriff der Vormerkung aufgenommen.

Zweifelhafter kann es gefunden werden, ob auch der Titel zum beschränkten dinglichen Rechte die Eintragung einer Vormerkung begründet. Der § 16 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 bestimmt nämlich:

„Eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung eines dinglichen Rechts kann nur nach Vorschrift des § 8 eingetragen und gelöscht werden.

Durch die Vormerkung wird für die endgültige Eintragung die Stelle in der Reihenfolge der Eintragungen gesichert."

Wenn nun auch der § 16 auf den § 8 Bezug nimmt, und also der Schluß nahe zu liegen scheint, daß der erstere dem letzteren nachgebildet werden sollte, so ist doch zu beachten, daß die materiellen Voraussetzungen der Vormerkung im § 16 besonders normirt werden, und nach dem Wortlaute läßt es sich nicht leugnen, daß ein dingliches Recht, welches vorgemerkt werden soll, vorausgesetzt wird. Hier paßt auch offenbar nicht die Erwägung, daß ja nur das eingetragene Recht dinglichen Karakter habe, vielmehr setzt der § 12 ebenfalls bereits die Existenz des dinglichen Rechts voraus und bestimmt, daß dasselbe gegen Dritte nur durch Eintragung Wirksamkeit erlange und dieselbe durch Löschung verliere. Der Idee nach ist also die Dinglichkeit eines unvollständigen Rechts am Grundstücke, soweit nicht neuere Bestimmungen entgegenstehen, nach altem Rechte zu beurtheilen, und giebt es daher außer der Eintragung ein beschränktes dingliches Recht am Grundstücke, das der Vormerkung zu seinem Schutze bedarf. Die §§ 12 und 16 enthalten prinzipwidrige vom Herrenhause festgehaltene Reminiszenzen an das alte Recht, und wird man nach ihnen behaupten müssen, daß eine Vormerkung im Sinne des § 16 und mit der ebenfalls prinzipwidrigen Wirkung des Abs. 2 nur auf Grund eines bereits vorhandenen dinglichen Rechts eingetragen werden dürfe.

Wenn es nun aber überhaupt zweifelhaft ist, welche Stellung den §§ 12 und 16 dem Prinzipe des Gesetzes gegenüber anzuweisen ist, und was das Herrenhaus durch die Veränderung der Regierungsvorlage und die Einschiebung des § 16 beabsichtigt und wirklich erreicht hat, so dürfen doch die prinzipwidrigen Bestimmungen nicht weiter ausgedehnt werden, als ihr Wortlaut nöthigt. Danach ist der § 16 dahin zu interpretiren, daß er nur für die Vormerkung mit der Wirkung des Abs. 2 die Existenz des dinglichen Rechts fordert, daß er aber sonst einer analogen Anwendung des auch in Bezug genommenen § 8 nicht entgegensteht. Durch diese Interpretation werden die prinzipwidrigen Konsequenzen des § 16 nahezu paralysirt, wie wir unten näher ausführen werden, und ist auf Grund derselben die Behauptung aufzustellen, daß nach Analogie des § 8 eine Vormerkung wegen eines Titels zum dinglichen Rechte zuzulassen ist. Nur wird diese Vormerkung in ihren Voraussetzungen und Wirkungen überhaupt nicht nach dem anomalen § 16, sondern ausschließlich nach der Analogie des § 8 zu beurtheilen sein. Die Regierungsvorlage traf das vernunftgemäße Recht viel mehr, indem sie eine dem § 16 entsprechende Bestimmung überhaupt nicht enthielt. Darauf wäre doch wohl Niemand verfallen, die Vormerkung wegen eines beschränkten dinglichen Rechts oder des Titels zu demselben abzuschneiden, vielmehr würde sie sicher in analoger Anwendung des § 8 zugelassen worden sein, so daß ein einheitliches Recht erreicht worden wäre.

### II. Die materiellen Voraussetzungen einer Vormerkung wegen eines Geldanspruchs.

#### a) Altes Recht.

Nach altem Rechte ist im Allgemeinen der Grundsatz durchgreifend, daß die protestatio pro conservando jure ein bereits dinglich gewordenes Recht zur Voraussetzung gehabt habe, die konsequente Durchführung dieses Prinzips scheitert aber, sobald wir das Gebiet der Geldansprüche betreten. Es kann von einem Hypothekenrechte, einem dinglichen Rechte, vor der Eintragung überhaupt keine Rede sein, da die Hypothek erst durch die Eintragung selbst entsteht. Es würde also ein Widersinn sein, zu behaupten, daß die noch nicht vorhandene vorläufige Eintragung das erst durch die Eintragung entstehende Hypothekenrecht zur Voraussetzung habe, und will man

das Erforderniß des bereits vorhandenen dinglichen Rechts festhalten, so ist eine Protestation wegen eines noch nicht eingetragenen Hypothekenrechts überhaupt undenkbar, weil das letztere überhaupt nicht existirt.

Hiernach genügt schon ein Titel, vertragsmäßiger oder gesetzlicher, um die vorläufige Eintragung eines Hypothekenrechts zu begründen. Diese besondere Art der protestatio pro conservando jure, die eigentlich mehr ist, als der Name sagt, da sie das noch nicht vorhandene dingliche Recht erst erzeugt, stützt sich auf § 153 Hyp.=O. II. 2 und § 417 A.L.R. I. 20, wonach der Gläubiger gegen die nachtheiligen Folgen des Widerspruches seines die definitive Eintragung verweigernden Schuldners durch Eintragung einer Protestation wider alle nachherigen Verpfändungen (allein diese?) sich decken kann, während dergleichen Protestation freilich nur von demjenigen angenommen werden soll, welcher eine solche Forderung, wodurch ein Titel zur Erlangung des Hypothekenrechts an sich begründet wird, durch unverdächtige Urkunden oder sonst einigermaßen bescheinigt hat (§ 418 l. c.). Die gesetzlichen Titel zur Hypothek ferner sind in den Gesetzen besonders bestimmt, und ist hier nur noch zu bemerken, daß nach § 22 der Verordnung vom 4. März 1834 schon das vorläufig vollstreckbare Erkenntniß einen Titel zur Hypothek gab.

Man darf sich aber darüber nicht täuschen, daß der Titel zur Hypothek nur ein persönlicher Anspruch auf Einräumung derselben ist, daß damit schon das alte Recht den Grundsatz durchbrochen hatte, daß nur das dingliche Recht die Voraussetzung der Protestation pro conservando jure bilde. Das Kaufgeschäft, der Titel zum Eigenthume, berechtigt nicht zum Antrage auf Eintragung der Protestation, der Titel zum Pfandrecht begründet ihn. Der letzte Satz enthält aber die Ausnahme, und für das alte Recht ergiebt sich das Resultat:

> Die protestatio pro conservando jure setzt ein dingliches Recht voraus, ausnahmsweise berechtigt dazu der Titel zur Hypothek.

Wenn also Hypothekenordnung und Novelle von einem Realanspruche sprechen, so verstehen sie darunter das dingliche Recht und ausnahmsweise den Titel zur Hypothek, wobei zugegeben werden muß, daß der Ausdruck schlecht und sehr wohl geeignet ist, Unklarheit zu verbreiten.

Wegen einer persönlichen Anforderung, also auch wegen des bloßen Geldanspruchs findet keine Protestation statt. Die §§ 290 II. 6 und 86 II. 2 Hyp.-O. bestimmen dies mit ausdrücklichen Worten. Nichts desto weniger hat die Praxis wohl mehr einer praktischen Nothwendigkeit folgend als aus zutreffenden juristischen Gründen die Arrestprotestation wegen eines Geldanspruchs eingeführt. Dieselbe stützt sich auf das prätorisch geschaffene Recht des Präj. 1135 vom 30. Mai 1842 (Entsch. Bd. 8 S. 57), denn auch der § 52 der Hypothekennovelle hat nur die Zulässigkeit der Arrestprotestation anerkannt und formelle Bestimmungen getroffen, keineswegs aber die Natur der Arrestprotestation festgestellt. Sie läßt sich als eine Mißgeburt bezeichnen, welche niemals den Mangel ihrer ungesetzlichen Entstehung überwunden hat.

Man hat zwar den § 290 Hyp.-O. II. 6 künstlich dahin interpretiren wollen, daß er nur die Eintragung einer protestatio pro conservando jure, also wie man meint, einer Protestation mit dinglicher Wirkung auf Grund eines Geldanspruchs verbiete; er verbietet aber die Eintragung einer Protestation überhaupt, und die Hypothekenordnung kennt gar nicht diese doppelte Art der Protestation, wie sie von der Doktrin aufgestellt ist. Auch sagt der § 86 Hyp.-O. II. 2 mit dürren Worten, daß sich Verträge, die bloß ein persönliches Recht geben, gar nicht zur Eintragung qualifiziren, also wohl zu keiner Art der Eintragung, und unter dieses Verbot fällt dann auch die Arrestprotestation. Endlich ist es, wie wir unten sehen werden, nicht wahr, daß die Protestation, welche die Doktrin protestatio pro conservando jure nennt, stets die volle dingliche Wirkung gehabt hat; der Regel nach sichert auch sie nur das zu Grunde liegende Recht und hat gerade nur die s. g. arrestatorische Bedeutung. Es muß daher in den §§ 290, 86 l. c. auch die Protestation mit dieser schwächeren Wirkung verboten sein. Es ist ferner offenbar Absicht der Hypothekenordnung, sämmtliche gesetzlich zulässigen Einschreibungen zu normiren und ihrer rechtlichen Wirkung nach festzustellen (vgl. z. B. die Ueberschrift des 3. Abschnitts und § 104[2]), hiermit stimmen auch die §§ 417, 418 ff. A.L.R. I. 20 überein, indem

[2]) „Zur Eintragung in die Hypothekenbücher sind nur solche Handlungen, Verträge und Verschreibungen qualifizirt, welche entweder aus der Einwilligung des Besitzers ein ausdrückliches, oder vermöge der Gesetze ein stillschweigendes Realrecht an dem Grundstücke begründen."

auch sie die Eintragung einer Protestation überhaupt zulassen oder verbieten, und so hat die Arrestprotestation wegen eines Geldanspruchs keine gesetzliche Basis und schwebt in der Luft.

Eine analoge Anwendung der Bestimmungen über den Realarrest in Mobilien (A.G.O I. 29) ist eigentlich ausgeschlossen. Die Gerichtsordnung spricht vom Entfernen, bei Seite Schaffen, Mitnahme auf die Flucht, Zurückbehalten, §§ 29, 35, 45, welche Ausdrücke doch füglich nur auf Mobilien bezogen werden können, der § 10 Abs. 3 gestattet den Arrest gegen einen Grundstücksbesitzer nur dann, wenn seine Grundstücke dergestalt verschuldet oder von so geringem Werthe sind, daß sie in Ansehung einer sonst zum Arreste qualifizirenden Forderung nicht hinlängliche Sicherheit gewähren, also nur dann, wenn der eingetragene Arrest wegen der Ueberschuldung doch nutzlos sein würde. Es kann also gar nicht an den Immobiliararrest gedacht sein. Endlich paßt die allgemeine Bestimmung des § 83, daß der Arrestant von dem gutgläubigen Erwerber die Herausgabe nur gegen Vergütung des gezahlten Kaufgeldes oder Pfandschillings fordern könne, auf die eingetragene Arrestprotestation nicht, und eine konsequente Durchführung der Analogie des Mobiliararrestes ist überhaupt undenkbar, da ja dann die Eintragung, aus der man in jedem Falle Wirkungen zu entnehmen hat, ganz nutzlos sein würde. Auch dürfte die analoge Anwendung eines Rechtssatzes dann nicht zulässig sein, wenn ihr klare gesetzliche Bestimmungen (und dies sind doch die zitirten Paragraphen der Hypothekenordnung und des Landrechts) und die Tendenz des Gesetzgebers, einen klaren Realzustand der Grundstücke namentlich in der III. Abth. zu erhalten, gegenüberstehen.

Die Berufung auf die §§ 10 I. 20, § 21 I. 38, § 65 I. 47, § 20 I. 50 der A.G.O. ist nicht zutreffend, denn soweit diese Bestimmungen reichen, aber nur soweit, ist eine Protestation mit gesetzlicher Grundlage zugelassen. Auch haben allein der § 10 A.G.O. I. 20, § 601 A.L.R. I. 18 und § 884 das. II. 18 eine Protestation wegen eines Geldanspruchs im Auge, und selbst hier fehlt der Nachweis, daß nicht eine eigentliche Protestation gemeint ist, daß das System der Hypothekenordnung durchbrochen sein müßte.[3]) Die

---

[3]) Koch, Note 36 hält die Protestation aus § 601 A.L.R. I. 18 für eine protestatio pro conservando jure, hinsichtlich der Protestation aus § 884 A.L.R. II. 18 nimmt er allerdings das Gegentheil an.

übrigen erwähnten Protestationen dienen überhaupt nicht zur Sicherung eines besonderen Rechts am Grundstücke, sind vielmehr im Interesse einer Gesammtheit von Rechten (Konkursvermerk, Subhastationsvermerk, Vermerk eines bewilligten Moratoriums) oder im Interesse des Protestaten (Prodigalitätsvermerk) vorgeschrieben. Sie sind überhaupt keine vorläufigen Eintragungen, sondern definitive Verfügungsbeschränkungen. Die Wirkung derartiger Verfügungsbeschränkungen muß aber stets gesetzlich besonders normirt sein.

Selbst aber wenn man zugiebt, daß die Vorschriften über den Arrest als allgemeine auch auf Grundstücke Anwendung finden, so folgt doch daraus nichts für die Möglichkeit seiner Eintragung, vielmehr dürfte er, wenn man die analoge Anwendung des § 83 A.G.O. I. 29 aufrecht erhalten will, daß der Arrestant von dem gutgläubigen Erwerber die Herausgabe nur gegen Vergütung des gezahlten Kaufgeldes oder Pfandschillings fordern könne, gerade nicht eingetragen werden. Jede Theorie der Arrestprotestation überschreitet daher die Analogie des Mobiliarrestes, und der Streit dreht sich im Wesentlichen darum, wie viele Wirkungen darüber hinaus ohne eigentliche gesetzliche Grundlage ihr aus der Eintragung beizulegen sind.

Die Arrestprotestation wegen eines Geldanspruchs ist also nach altem Rechte vor der Gesetzeskraft der Hypothekennovelle für überhaupt unzulässig zu halten,[4])

a) weil die Hypothekenordnung, das Landrecht, die Gerichtsordnung sie nicht kennen, vielmehr ihre Eintragung verbieten,
b) weil eine bloß analoge Anwendung des Mobiliararrestes nicht denkbar ist, und das Mehr oder Weniger der Wirkung aus der Eintragung ganz willkürlich bestimmt werden muß,
c) weil die Arrestprotestation der Praxis dem Prinzipe einer jeden praktischen Hypothekenordnung widerspricht, daß die in der 3. Abtheilung[5]) eingetragenen Geldansprüche nach der Reihenfolge rangiren müssen.

---

[4]) Die Gesetzrevisoren sagen u. E. mit Recht: „die preußische Gesetzgebung kennt keinen Arrest auf Grundstücke" (Pens. III. S. 23 ff.).

[5]) Der Umstand, daß nach einer Meinung die Arrestprotestation in der 2. Abth. einzutragen ist, ändert natürlich an ihrer die 3. Abth. in Verwirrung setzenden Wirkung nichts, da die Arrestprotestation bei der Kaufgelderbelegung doch in die Liquidate der 3. Abth. springt.

Doch liegt es eigentlich nicht in unsrer Absicht, den alten Streit über die Zulässigkeit der Arrestprotestation nach der preußischen Hypothekenordnung zu erneuern, ihre Zulässigkeit selbst kann ja nach § 52 der Hypothekennovelle (§ 22 des Gesetzes vom 5. Mai 1872), §§ 796, 811 der deutschen Civilprozeßordnung, § 24 des Gesetzes vom 4. März 1879 jetzt nicht mehr bezweifelt werden, uns kommt es wesentlich auf das Zugeständniß an, daß die Arrestprotestation ohne eigentlich gesetzliche Basis im möglichsten, wenn auch nicht absoluten Anschlusse an die Bestimmungen über den Mobiliararrest[6]) ausgebildet ist.

b) Neues Recht.

Das Gesetz vom 5. Mai 1872 kennt eine besondere Vormerkung wegen eines titulirten Geldanspruchs oder wenigstens eines Geldanspruchs, der auf einem Konventionaltitel beruht, nicht mehr. Nach den Motiven der Regierungsvorlage zum § 22 (§ 19 des Entwurfs) beabsichtigte man, lediglich die durch Vermittlung des Prozeßrichters eingetragene Protestation zur Erhaltung des Realrechts und des Vorrechts aufrecht zu erhalten — aber auch die Arrestprotestation wird unter Vermittlung des Prozeßrichters eingetragen und giebt eine gewisse Art von Vorzugsrecht, nicht bloß nach der Meinung des 4. Senats des Ober-Tribunals, sondern überhaupt —, alle übrigen auf einseitigen Antrag einzutragenden Protestationen aber wegzuschneiden und so das Institut der Vormerkung einheitlich noch Voraussetzungen und Wirkungen zu gestalten. Gerade deshalb ist die allgemeine Fassung des § 22 gewählt, und daraus folgt dann, daß die Vormerkung wegen eines formlosen Konventionaltitels nicht aufgehoben ist. Es folgt dies aber auch nur, wenn man in unsrem Sinne dem § 22 allgemeine Bedeutung beilegt, denn sonst hätte der Titel zur Hypothek, der zur Vormerkung berechtigt, näher bestimmt und begrenzt werden müssen, wie dies in den älteren aufgehobenen Gesetzen in der That geschehen ist.

---

[6]) So heißt es auch bei Turnau S. 295:

„Daß diese für Mobilien unbestrittenen Grundsätze (Ob.-Trib. vom 3. März 1857, Entsch. Bd. 25 S. 216) für die Beschlagnahme von Immobilien nicht gelten sollen, ist in den Gesetzen nirgend ausgesprochen.

S. 296:

„Nach der Ansicht des 3. Senats hat also der Arrest auf Grundstücke denselben Zweck und dieselbe Wirkung wie der auf Mobilien gelegte Arrest.

Nichts desto weniger geht die fast allgemeine Lehre dahin, daß die Vormerkung eines Geldanspruchs einen vor der Vermittlung des Prozeßrichters entstandenen Titel zur Voraussetzung habe. Die Behauptung, daß diese Lehre in irgend einer Bestimmung des Gesetzes zum Ausdrucke gebracht sei, ist nirgends aufgestellt, man beruft sich vielmehr nur auf alte, aufgehobene Gesetze. Die einzige Bestimmung, welche sich im Gesetze selbst findet und die allerdings ausdrücklich und als sedes materiae die Voraussetzungen der Vormerkung normirt, sagt das Gegentheil der herrschenden Meinung. Im § 22 heißt es:

> „Der Gläubiger hat das Recht, unter Vermittlung des Prozeßrichters eine Vormerkung auf dem Grundstücke seines Schuldners eintragen zu lassen.[7])

Ziebarth bemerkt in seiner Schrift: „Die Reform des Grundbuchrechts“, welche als Kritik der preußischen Gesetzentwürfe geschrieben ist: Welcher Gläubiger? Jeder? Es dürfte zu sagen sein: Der Gläubiger, welcher einen Titel zur Grundschuld hat u. s. w. Nichtsdestoweniger ist es bei der Fassung des § 22, und wir meinen mit Recht verblieben. Es werden nur zwei Voraussetzungen angegeben, das Gläubigerrecht und die Vermittlung des Prozeßrichters, und ist es u. E. rein willkürlich, dafür zu setzen: das auf einem titulirten Anspruch beruhende Gläubigerrecht. Der Gesetzgeber läßt eben durch die Vermittlung des Prozeßrichters das persönliche Gläubigerrecht zum Individualrecht, zum Titel zur Hypothek sich steigern. Zunächst kommt der Wortlaut des Gesetzes in Betracht, zumal wenn man durch ihn allein zu einem praktisch brauchbaren Resultate und zu einer vollständigen Ausbildung eines Rechtsbegriffs gelangt. Wir befinden uns daher von vornherein in der günstigen Position, eine durchschlagende Begründung der vom Wortlaute des Gesetzes abweichenden Interpretation abwarten zu können.[8])

Man argumentirt aber gegen unsre Auffassung mit Gründen

---

[7]) Auch Behrend, Zeitschrift für Deutsche Gesetzgebung Bd. 7 S. 117, gesteht zu:

> „Aus dem Wortlaute des § 22, der diesen Fall behandelt, mindestens aus dem zunächst hierher gehörigen Absatze desselben ist nicht zu entnehmen, daß das Vorhandensein eines Titels für die Eintragung der Vormerkung erforderlich sei.

[8]) Unterstützend kommen folgende Momente hinzu: a) In den Formularen zur Grundbuchordnung wird des auf das Grundstück selbst ausgebrachten Arrestes

aus der angeblichen Natur der Sache, aus der Stellung des § 22 in dem Abschnitte: Von dem Rechte der Hypothek und Grundschuld, aus dem Widerstreit unsrer Ansicht mit dem Begriffe der alten protestatio pro conservando jure und überhaupt ihrer Ungeschichtlichkeit, aus den Motiven, aus dem bereits wieder aufgehobenen § 70 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 und aus den angeblich unpraktischen Konsequenzen, zu denen unsre Auffassung führen müsse. Diese Gründe werden nicht bloß von den bedeutendsten Autoritäten der Wissenschaft, sondern auch von einem Senate des früheren Ober-Tribunals, dem früheren Reichsoberhandelsgericht und vom Reichsgerichte vertreten und verdienen daher selbstverständlich die vollste Beachtung, dennoch wagen wir es, die entgegensetzte Ansicht aufrecht

---

wegen eines persönlichen Gläubigerrechts nicht gedacht. Daß dem Verfasser der Formulare die Arrestprotestation wegen eines persönlichen Gläubigerrechts, welche stets die größere praktische Bedeutung gehabt hat und haben wird, unbekannt gewesen, oder daß er sie mit Absicht übergangen hat, ist füglich nicht anzunehmen, vielmehr ist eher zu vermuthen, daß er sie unter den Begriff der Vormerkung gebracht habe. Ob nun der Vermerk Nr. 7 Abth. 3. des Formulars I. speziell die Vormerkung wegen eines bloßen Geldanspruchs oder wegen eines titulirten Geldanspruchs im Auge gehabt hat, kann allerdings zweifelhaft gefunden werden. Für ersteres spricht, daß weder die Vormerkung selbst noch der Umschreibungsvermerk die Bezeichnung der Schuldurkunde enthält, die gewiß wenigstens bei Eintragung der definitiven Hypothek nicht unterblieben wäre, wenn eine Schuldurkunde mit einem formlosen, durch das spätere Erkenntniß nur formell ergänzten Titel für vorliegend erachtet worden wäre, sodann der Umstand, daß es sich um rückständige Kaufgelder handelt, deren Eintragung, wenn von Anfang an eine Sicherheitsbestellung beabsichtigt worden wäre, wohl gleich in der gehörigen Form bei der Auflassung bewilligt worden wäre. Für letzteres spricht der Passus „zahlbar gegen sechsmonatliche Kündigung", denn man könnte ausführen, daß dieser auf einen zu Grunde liegenden Titel deute.

b) Jedenfalls ist bei dem Vermerk zu 9 wegen 500 Thl. an eine Vormerkung aus dem persönlichen Gläubigerrecht gedacht, und nicht an den Fall, daß ein Recht auf Rückgewähr oder Gewähr der Hypothek bereits vorliegt. Es ergiebt sich dies nicht nur aus der Fassung des Vermerks, sondern insbesondere aus der Notiz auf dem Grundschuldbriefe Anlage D.:

> Auf vorstehende Abth. 3 Nr. 9 für den Holzhändler Carl Groß noch haftende 2500 M. ist auf Ersuchen des Königl. Gerichts zu N. eine Verfügungsbeschränkung in Höhe von 500 M. für den Kaufmann Ferdinand Müller zu Liebstadt vorgemerkt worden.

Wenn nun freilich auch eine Vormerkung gegen eine Hypothek überhaupt nicht genommen werden kann, weil sie ein Recht an Grundstücke voraussetzt, so ergiebt sich doch daraus, daß man eine Vormerkung wegen eines persönlichen Gläubigerrechts als möglich gedacht hat.

zu erhalten, zumal die hinzutretenden Bestimmungen der deutschen Civilprozeßordnung das Unternehmen nicht von vornherein als ein verfehltes erscheinen lassen.

Man argumentirt zunächst aus der Natur der Sache dahin, daß die Eintragung einer Vormerkung mit dem Rechte der Hypothek ohne Titel ein Widersinn sei. Der Grund selbst ist richtig, denn die Vormerkung hat überhaupt nur dann Rechtswirkung, wenn das ihr unterstehende Recht begründet ist, aber er trifft nicht die von uns vertretene Meinung. Es wird nicht behauptet, daß die Vormerkung ohne Titel zur Hypothek eingetragen werden soll, sondern daß in der Anlegung des Arrestes und der sich daraus ergebenden Vermittlung des Prozeßrichters sich der Geldanspruch zu einem Rechte am Grundstücke individualisirt, daß so ein Titel zur Hypothek geschaffen werde, und aus diesem Grunde im Wege des Arrestes eine Vormerkung einzutragen ist. Schon die Obligation an sich verleiht eine Befugniß über das Grundstück, nämlich das Recht, das Grundstück verkaufen zu lassen, wenn dem Geldanspruche nicht sonst Genüge geschieht. Es ist nur noch ungewiß, ob der Gläubiger sich an das Grundstück zu halten braucht und ob er dies thun wird, durch die Arrestanlegung wird aber konstatirt, daß der Fall eingetreten ist, daß der Gläubiger sich an das Grundstück halten müsse, sein dahin gehender Wille wird durch die Arrestanlegung dargethan, mit einem Worte: das persönliche Gläubigerrecht steigert sich zu einem Individualrechte am Grundstücke, zu einem Widerspruchsrechte gegen weitere Verfügungen.

Richtig ist ja freilich, daß trotzdem nach den Grundsätzen der preuß. Allg. Gerichtsordnung die Beschlagnahme im Wege des Arrestes und im Wege der Exekution sowohl im Allgemeinen wie insbesondere auf dem Gebiete des Mobiliarsachenrechtes diese Wirkung nicht gehabt hat, aber für die Beschlagnahme im Wege der Exekution wurde dies Prinzip durch den § 22 der Verordnung vom 4. März 1834 einseitig durchbrochen, und durch dieses einseitige und nicht gerade streng wissenschaftliche Vorgehen der Gesetzgebung die Praxis in die üble Lage gedrängt, zwischen den Wirkungen der Immobiliarbeschlagnahme im Wege des Arrestes und der Exekution einen Unterschied zu konstruiren. Schon der 4. Senat des Ober-Tribunals lehnte sich gegen die allerdings im Gesetze gegebene, aber wenig wissenschaftliche Unterscheidung auf, indem er die Beschlag-

nahme im Wege des Immobiliararrestes grundsätzlich gleich behandeln wollte, er hat zwar Unrecht, weil der § 22 l. c. eine exzeptionelle Bestimmung nur für die Beschlagnahme im Wege der Exekution enthielt, es ergiebt sich aber aus alle dem, daß es ein streng wissenschaftliches Vorgehen des Gesetzgebers ist, wenn er im § 22 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 den prinziplosen Unterschied beseitigte. Was an dieser Auffassung unwissenschaftlich sein soll, vermögen wir nicht einzusehen, es ist die in der Rechtsentwicklung sich allmählich bahnbrechende, jetzt zur allgemeinen Herrschaft gelangte Auffassung der deutschen Civilprozeßordnung.

Wenn Rintelen (Johow IV. S. 322) bemerkt, daß durch unsere Auffassung ein in das Obligationenrecht tief eingreifendes Rechtsinstitut geschaffen sei, so ist darauf nur zu erwidern, daß die deutsche Civilprozeßordnung denselben Grundsatz sogar für Mobilien allgemein aufstellt, und dadurch das Obligationenrecht auch nicht zerstört wird.

Nur durch unsere Auffassung gelangt die Vormerkung zu ihrer vollständigen Ausbildung als technischer Begriff. Sie wird dadurch erst zum vorläufigen Sicherungsmittel jedes Rechts am Grundstücke, des persönlichen Gläubigerrechts, insoweit es sich im Arreste individualisirt hat. Sie hebt sich in dieser Weise erst ganz scharf ab von den Verfügungsbeschränkungen, welche gar keine vorläufigen, sondern definitive Eintragungen sind, und zerstört die alte Unklarheit, nach welcher die Arrestprotestation den definitiven Verfügungsbeschränkungen zugezählt wurde.

Die Argumentation aus der Natur der Sache und allgemeinen Rechtsprinzipien dürfte also eher für, als gegen den Wortlaut des § 22 sprechen.

Ferner wird gegen unsere Ansicht auf die Stellung des § 22 in dem Abschnitte: „Von dem Rechte der Hypothek und der Grundschuld" Gewicht gelegt, es wird betont, daß die §§ 23, 29, 50, 53, 60, 66 unter dem Worte „Gläubiger" auch nicht den bloß persönlichen Gläubiger, sondern den bereits eingetragenen Gläubiger verstehen. Der Grund ist in sich äußerst unklar. Man kann doch füglich nicht annehmen, daß der § 22 eine bereits erworbene Hypothek zur Voraussetzung habe, da diese erst durch die Eintragung entsteht, oder daß der Gläubiger, welcher die Einschreibung einer Vormerkung nachsucht, bereits eingetragen sein müsse. Voraussetzung

der Vormerkung ist der Regel nach das nicht eingetragene materielle Recht, also auf keinen Fall die Hypothek selbst, welche erst durch die Eintragung entsteht. Man hat auch wohl sagen wollen, daß die Vormerkung des § 22 Abs. 1 von denselben Bedingungen abhängig sein müsse, welche in den vorhergehenden und nachfolgenden Gesetzesstellen fixirt sind. So formulirt enthält aber der angebliche Grund einen Widerspruch gegen die Resultate, zu denen die Gegner selbst gelangen. Der § 19 und der § 20 sprechen von der formalen Eintragungsbewilligung, auf Grund deren die definitive Eintragung der Hypothek erfolgt, eine derartige formale Eintragungsbewilligung braucht aber jedenfalls nicht Voraussetzung der Vormerkung zu sein, es soll ja schon der formlose Konventionaltitel genügen. Der Abs. 2 des § 22 hat ferner nur den gesetzlichen Titel zur Hypothek im Auge, aus welchem Behörden die Eintragung einer Hypothek nachzusuchen berechtigt sind. Daraus würde man dann vielleicht, aber auch unter unzulässiger Ausdehnung des Begriffs, folgern können, daß im Falle des Absatz 1 ein gesetzlicher Titel genüge, niemals aber wäre der Schluß begründet, daß auch die formlose Eintragungsbewilligung oder Hypothekbestellung Voraussetzung der Vormerkung sei. Die Gesetze, welche die Protestation auf Grund eines vertragsmäßigen Titels normirten, sind weggefallen, und so käme man zu dem absonderlichen Resultate, daß es eine Vormerkung wegen eines vertragsmäßigen Titels zur Hypothek oder Grundschuld auch nicht mehr giebt. Es bleibt also nichts übrig, als den Abs. 1 des § 22 aus sich selbst zu erklären und anzunehmen, daß in ihm die Voraussetzungen der Vormerkung besonders bestimmt werden sollten, eine Auffassung, die auch ohne jedes unterstützende Moment selbstverständlich und natürlich erscheint, weil es ja bei entgegengesetzter Annahme des § 22 Abs. 1 gar nicht bedurft haben würde.

Allerdings ist es richtig, daß der 3. Abschnitt des Gesetzes die Bedingungen des Erwerbs der Hypothek und Grundschuld reguliren sollte, aber gerade bei Begründung unserer Auffassung ist darauf Gewicht zu legen, daß auch im Abs. 1 des § 22 die Bedingungen des Erwerbs einer Hypothek durch Vormerkung normirt werden sollten und mußten. Nimmt man dies eben an, so wäre es eine unverantwortliche Omission, wenn der Gesetzgeber die entscheidenden Worte ausgelassen hätte, nämlich hinter „Gläubiger“ die Worte „mit einem gesetzlichen oder durch Willenserklärung begründeten

Hypothekentitel", oder hinter dem Worte „Schuldners" die Worte: „welcher durch Gesetz oder Willenserklärung verpflichtet ist, Hypothek zu bestellen", und kann man ihm eine derartige Omission um so weniger zutrauen, da man bei ihm wohl die Kenntniß der gerade diesen Punkt betreffenden Kontroversen des preußischen Rechts voraussetzen muß. Das Landrecht hat in dem § 417 I. 20 eine ähnliche Bestimmung, wie den § 22 des G.E.G. gehabt, es fügt aber im § 418 l. c. sofort hinzu, daß dergleichen Protestation nur von dem angenommen werden solle, welcher eine solche Forderung, wodurch ein rechtsgültiger Titel zur Erlangung eines Hypothekenrechts begründet werde, durch unverdächtige Urkunden oder sonst einigermaßen bescheinigt hat. Eine gleiche Einschränkung hat aber der Abs. 1 des § 22 nicht, und so muß es für unzulässig erklärt werden, sie aus alten aufgehobenen Gesetzen zurückzuführen.

Also auch die Stellung des § 22 im Gesetze spricht eher für als gegen den Wortlaut desselben. Uebrigens nehmen auch wir an, daß in dem Moment der Vermittelung des Prozeßrichters ein Titel erworben wird, so daß es ganz richtig ist, daß beide Absätze des Gesetzes den Erwerb einer Hypothek auf Grund eines Titels bestimmen.[9])

Der Vorwurf, daß unsere Auffassung der geschichtlichen Entwickelung widerspreche, soll wohl dahin begründet werden, daß der technische Begriff der protestatio pro conservando jure, wie ihn die Praxis auf Grund der Hypothekenordnung und der Novelle entwickelt hat, und wie er angeblich im Grunderwerbsgesetz hat kodifizirt werden sollen, ein Realrecht vorausgesetzt habe. In Wahrheit hat nun aber die gedachte Protestation ein dingliches Recht und ausnahmsweise einen Titel zur Hypothek zur Voraussetzung gehabt, und ist nicht zuzugeben, daß dies Prinzip rein in das neue Gesetz hinübergenommen ist. Ihm widerspricht direkt der § 8 des G.E.G., nach welchem auch das persönliche Recht auf Auflassung die Eintragung einer Vormerkung begründet, wie dies oben näher ausgeführt ist. Muß aber zugegeben werden, daß der alte Begriff der

---

[9]) Das Wort „auch" des Abs. 2 des § 22 l. c., auf welches Behrend (Zeitschrift Bd. 7 S. 118b.) Gewicht legt, bedeutet nur, daß der Gläubiger durch Vermittlung des Prozeßrichters und die gedachten Behörden in gleicher Weise eine Vormerkung eintragen lassen können. Das Wort „auch" bezieht sich nicht auf die Voraussetzungen, die in jedem Absatze besonders normirt werden.

Protestation überhaupt nicht rein in das neue Gesetz aufgenommen ist, so fällt die Argumentation der Gegner von selbst zusammen. In der Vormerkung hat der Gesetzgeber dem Wortlaute des Gesetzes und den Motiven gemäß einen einheitlichen, die früheren Kontroversen beseitigenden Begriff aufstellen wollen. Sie dient zur Sicherung jedes Singularrechts am Grundstücke, und wenn nun fast allgemein anerkannt wird, daß dem alten Rechte widersprechend jetzt grundsätzlich das jus ad rem die Eintragung der Vormerkung begründet, so ist nicht einzusehen, weshalb nunmehr dem alten Rechte entsprechend das persönliche Gläubigerrecht von den Wohlthaten der Vormerkung ausgeschlossen sein soll.[10]) Grundsätzlich wollte sogar der Gesetzgeber das jus ad rem aufheben und es auf die Wirkung der reinen Obligation zurückdrängen, jus ad rem und Obligation sollen gleiche Wirkung haben, und deshalb ist an sich nicht recht verständlich, weshalb sie in Betreff der Vormerkung wieder ungleich behandelt werden sollen. Wenn Förster (Theorie und Praxis III. S. 462) sagt, daß hier allerdings das Recht zur Sache wieder durchbreche, so ist in der That nicht klar, weshalb diese Durchbrechung der Tendenz des Gesetzes statuirt werden soll. Vielmehr ist aus dem Zugeständniß, daß das jus ad rem, das grundsätzlich dem persönlichen Gläubigerrecht gleichsteht, die Vormerkung begründet, eher zu folgern, daß sie auch wegen des persönlichen Gläubigerrechts, das sich durch den Arrest zu einem Individualrecht erhebt, nicht verweigert werden kann.

Ungeschichtlich ist an dieser Auffassung gar nichts, vielmehr steht sie im Flusse der Rechtsentwicklung. Freilich ist zuzugeben, daß die preußische Gerichtsordnung durch die Beschlagnahme im Wege der Exekution und des Arrestes einen Titel zur Hypothek nicht entstehen läßt, aber gerade dieser Grundsatz wird durch das stückweise Vorschreiten der Gesetzgebung zertrümmert. Der § 22 der Verordnung vom 4. März 1834 erblickt in dem vorläufig vollstreckbaren Erkenntniß schon den Titel zur Hypothek, und nach § 60 der Sub-

[10]) Unterstützend kommt hinzu, daß schon in § 52 der Hypothekennovelle Arreste wegen Geldansprüche und wegen anderer Forderungen auf Grundstücke prinzipiell gleich gestellt sind. Und wenn es nun unzweifelhaft richtig ist, daß sich der Arrest wegen eines persönlichen Individualrechts auf Grundstücke in den Begriff der Vormerkung aufgelöst hat, so hat schon die Behauptung an sich nicht viel für sich, daß der Geldanspruch anders zu behandeln sei.

hastationsordnung vom 15. März 1869 brauchten der Extrahent und Koextrahent der Subhastation sich nicht einmal eintragen zu lassen, um gleich einem Realgläubiger zu liquidiren. Der 4. Senat des Ober-Tribunals suchte nun selbst den im Gesetze gegebenen Unterschied zwischen der Beschlagnahme im Wege der Exekution und im Wege des Arrestes durch die Lehre zu beseitigen, daß schon in der Anlegung des Arrestes, als einer antizipirten Exekution, der Erwerb des Titels zur Hypothek zu erblicken sei, so daß sich also unsere Auffassung direkt an die Entwicklung des Rechtsinstituts in Preußen anlehnt. Ja durch die deutsche Civilprozeßordnung ist der Grundsatz zu allgemeiner Geltung erhoben. Die Bemerkung von Dernburg und Hinrichs (Das Preußische Hypothekenrecht S. 360 Note 21):

> „Nur wer von dem Zusammenhange der neuen Gesetze absieht und sich an die nicht glücklich gewählten Worte „Anspruch“ in § 70 G.E.G. und „Gläubiger“ in § 22 G.E.G. ... klammert, kann zu der Meinung gelangen, der Prozeßrichter könne jeden Anspruch vormerken lassen u. s. w.“

scheint uns daher verfehlt zu sein. Ungeschichtlich ist unsere Auffassung nur, wenn man es für Aufgabe der geschichtlichen Forschung erachtet, überlebte Institute auf jeden Fall festzuhalten, nicht aber, wenn man die Aufgabe der geschichtlichen Forschung darin erblickt, dem sich in der Geschichte entwickelnden und sich Bahn brechenden Rechtsgedanken nachzufolgen.

Aus den Motiven zum Gesetze vermögen wir nichts zu entnehmen, was unserer Ansicht widerspricht, sie wird vielmehr durch dieselben bestätigt.

Zunächst findet sich in den Materialien zu § 70 G.E.G. nur die Bemerkung, daß nach der Hervorhebung von einer Seite die Vormerkungen im Sinne des Entwurfs sowohl die Protestationen zur Erhaltung schon vorhandener dinglicher Rechte nach dem bisherigen Recht, als auch Arreste wegen persönlicher Ansprüche auf Gewährung dinglicher Rechte umfasse. Hiermit ist jedenfalls anerkannt, daß der Begriff der Protestation erweitert sei. Sodann mag zugegeben werden, daß in dem letzten Absatze auch an die neu eingeführte Vormerkung wegen eines jus ad rem überhaupt gedacht ist, aber indem derjenige, welcher diese Bemerkung gemacht hat, von Arresten wegen persönlicher Ansprüche auf Gewährung dinglicher

Rechte überhaupt spricht, muß er auch wohl einen auf Gewährung einer Hypothek gerichteten Arrest als möglich gedacht haben. Er muß also ein Anhänger des 4. Senats gewesen sein, und indem er auf das alte Recht zurückblickte, in welchem doch wesentlich nur die Arrestprotestation wegen eines Geldanspruchs von praktischer Bedeutung war, muß er auch diese im Auge gehabt und ihr die Wirkung beigelegt haben, eine Hypothek zu gewähren. So fassen auch Dernburg und Hinrichs diese Aeußerung auf S. 351 Note 6:

„Nach den Berichten der Kommission des Herrenhauses (Werner II. 116) ist von einer Seite ohne ausdrücklichen Widerspruch auch die Arrestprotestation den Vormerkungen des § 70 E.G. zugerechnet worden."

Man beruft sich unserer Meinung gegenüber ferner darauf, daß nach den Motiven zu den in § 11 G.E.G. gedachten Beschränkungen des Eigenthumsrechts, welche sowie die Beschränkungen des Verfügungsrechtes des Eigenthümers nach den §§ 11 und 91 der Grundbuchordnung in die 2. Abtheilung eingetragen werden sollen, die s. g. protestationes de non disponendo gehören. Richtig ist allerdings, daß die Motive zum § 11 von den s. g. protestationes de non disponendo sprechen:

„Hierher gehören ferner die s. g. protestationes de non disponendo, die in einzelnen Gesetzen vorgeschriebenen Eintragungen von s. g. Sperrvermerken.

Aber die Arrestprotestation wegen des persönlichen Gläubigerrechts ist nicht erwähnt, und es fehlt der Nachweis, daß sie in den Motiven als protestatio de non disponendo noch aufgefaßt wird, was wir eben gerade bestreiten. Die sogenannte protestationes de non disponendo sind unter den definitiven Verfügungsbeschränkungen aufgeführt (auflösende Bedingung, Vorbehalt des Wiederkaufs, vertragsmäßiges Vorkaufsrecht, Lehnseigenschaft, Fideikommiß-Eigenschaft, Sperrvermerke), und schon dieser Zusammenhang macht es unwahrscheinlich, daß an die nur vorläufige Eintragung einer Arrestprotestation gedacht worden ist.[11]) Selbst die Novelle unterscheidet

[11]) Am schärfsten findet sich die unrichtige Gleichstellung von Arrestprotestation und definitiver Verfügungsbeschränkung ausgeprägt bei Rintelen, Johow IV. S. 298:

„Dagegen bestimmen beide Gesetze, daß und wo Beschränkungen des Eigenthumsrechts eingetragen werden sollen. Zu solchen Beschränkungen gehören

in dem § 51 die Protestation zur Beschränkung der Dispositionsbefugniß des Besitzers von den Arresten, welche wegen Geldansprüche oder wegen anderer Forderungen auf Grundstücke ausgebracht werden, und die Gegner schieben ohne Weiteres den Motiven ihre noch dazu theoretisch unrichtige Auffassung unter, daß die Arrestprotestation zu den definitiven Verfügungsbeschränkungen gehöre.

Schon die Bestimmung des Regierungsentwurfs von 1871:

„Beschränkungen des Eigenthumsrechts an dem Grundstück erlangen nur durch Eintragung Rechtswirkung gegen Dritte,"

ist wohl schwerlich wegen der Arrestprotestation aufgestellt, da es sich von selbst verstand, daß der Arrest erst durch die Eintragung angelegt wurde und nur durch diese gegen Dritte wirkte;[12]) ganz unmöglich ist es aber, den § 11 in seiner jetzigen Fassung auf den Arrest wegen des persönlichen Gläubigerrechts anzuwenden, da die Beschränkungen des Eigenthumsrechts schon dann Rechtswirkung gegen Dritte erlangen sollen, wenn sie die Beschränkung gekannt haben, die Anwendung dieser Vorschrift auf den nicht eingetragenen Arrest aber eine Unmöglichkeit ist, zumal selbst der Titel zur Hypothek, mag auch bereits aus ihm geklagt sein, diese Wirkung nicht äußert. Auch die Vormerkung wegen eines Geldanspruchs ist das Sicherungsmittel eines Rechts, und wie jedes persönliche Recht kann erst recht der bloße Geldanspruch allein durch die Eintragung Wirksamkeit gegen Dritte erlangen. Mit einem Worte: die Bestimmung des § 11 paßt nicht auf den Arrest wegen eines Geldanspruchs, die Arrestprotestation wäre bis zum Erscheinen der deutschen Civilprozeßordnung wieder ganz rechtlos gewesen, wenn man sie nicht dem § 22 der G.E.G. unterordnet.

Man beruft sich ferner auf die Motive zum § 22 (§ 19 des Entwurfs). Dieselben vertragen aber u. E. nur folgende Auslegung: Es soll aufrecht erhalten werden jede Protestation zur Erhaltung des

---

auch diejenigen, welche dem Eigenthümer im Arrestwege auferlegt werden."

Die meisten Konsequenzen werden damit gerechtfertigt, daß die Arrestprotestation eine protestatio de non disponendo sei.

[12]) Dies erkennt übrigens auch Rintelen an, trotzdem er die Arrestprotestation dem § 11 G.E.G. unterordnen will S. 299:

„Der Arrest auf Grundstücke kann überhaupt nur durch die Eintragung Wirkung erlangen."

Nach § 11 wirken aber die Verfügungsbeschränkungen in anderer Weise.

Realrechts und Vorrechts, welche auf Ersuchen des Prozeßrichters eingetragen wird. Dazu gehört aber auch die alte Arrestprotestation, weil sie ja insbesondere lediglich auf Ersuchen des Prozeßrichters eingetragen werden konnte und selbst nach der Meinung des 3. Senats im praktischen Resultat ein gewisses Vorrecht, nach der Meinung des 4. Senats das volle Vorzugsrecht gewährte. Dagegen soll nur aufgehoben werden die Protestation, welche auf einseitigen Antrag einer Partei einzuschreiben war, und dazu gehört nun die Arrestprotestation wieder nicht, so daß kein Zweifel daran sein kann, daß die Regierungsmotive sie nicht beseitigen wollten. Durch diese einheitliche Gestaltung der Protestation hofft man die herrschenden Kontroversen zu beseitigen:

> „Dann würden auch die Streitigkeiten wegfallen, welche über die Natur dieser Protestation obwalten."

Gestritten wurde aber im Wesentlichen nur über die Natur der Arrestprotestation,[13]) und auch anderweit ergiebt sich, daß man gerade diesen Streit im Auge gehabt hat. So heißt es bei Förster „Theorie und Praxis" 2. Aufl. 3. Thl. S. 441, Note 49:

> „Bei der Reform des Hypothekenrechts wird die Kontroverse über die verschiedene Natur der Protestation endlich beseitigt werden."

Also gerade die verschiedene Natur der Protestation sollte aufgehoben werden, und man kann es füglich dem Gesetzgeber nicht zumuthen, daß er schließlich seinen Zweck dadurch zu erreichen suchte, daß er über das kontroversenreiche Gebiet nichts bestimmte und die streitige Arrestprotestation einfach aus dem Gesetz wegließ. Dem gesetzgeberischen Gedanken wird man daher nur dann gerecht werden, wenn man in dem § 22 eine Bestimmung auch über die Arrestprotestation erblickt, wenn man die Vormerkung wegen eines Geldan-

---

[13]) Ueber die Natur der allerdings kurz vorher erwähnten Protestation aus § 22 der Verord. vom 4. März 1834 herrschte kein Streit mehr. Koch bemerkt (Hypothekenordnung, Ausgabe von 1856 Note 216) zum 2. Titel:

> „Die Protestation ist also eine protestatio pro conservando jure, was man ohne juristischen Grund angezweifelt hat (M. s. J.M.Bl. 1847 S. 99, 107, 118; 1848 S. 233). Auch das Reskr. vom 23. November 1835 (Jahrb. Bd. 46 S. 562) erklärt sie für eine protestatio pro conservando jure et loco.

Zur Zeit des Entwurfs war aber wohl der Karakter der Protestation aus § 22 der Verord. vom 4. März 1834 von keiner Seite mehr angezweifelt.

spruchs einheitlich konstruirt. Dann hat eben die Arrestprotestation dieselbe Wirkung, wie die Protestation wegen eines Titels zur Hypothek erlangt, und es kann bei dieser Auffassung überhaupt kein Bedenken gegen unsre Ansicht erregen, daß im Anfange der Motive das Wort protestatio pro conservando jure et loco eingeklammert ist. Hiermit stimmen auch die Regierungsentwürfe von 1868 und 1869 überein, indem sie der Arreste nicht gedenken und hinter Vormerkung die paranthetische Bezeichnung „Protestation" setzen, worunter sie die Arrestprotestation wohl auch verstanden haben.

Unserer Auffassung soll ferner der § 70 G.E.G. entgegenstehen. Wir haben schon oben ausgeführt, daß in den Motiven zu diesem Paragraph gerade vom Arrest und der Arrestprotestation die Rede ist, und daher wird wohl diejenige Interpretation des Paragraphen den Vorzug verdienen, welche ihn mit den Motiven in Einklang bringt. Man argumentirt aber aus der gedachten Gesetzesstelle wie folgt: Dieselbe stellt als Requisit der Eintragung der Vormerkung nur die Glaubhaftmachung des Anspruchs- oder Widerspruchsrechts auf, es wäre aber ein Unding, wenn jeder nur glaubhaft gemachte persönliche Anspruch eingetragen werden sollte, also kann der bloße Geldanspruch überhaupt nicht vorgemerkt werden. Behrend (Zeitschrift für deutsche Gesetzgebung S. 118) bemerkt, daß sich die Unhaltbarkeit unsrer Ansicht aus ihren Konsequenzen ergebe, daß wir durch dieselbe unrettbar dem System der früheren österreichischen Pfandrechts-Pränotationen verfallen seien. Wie scheinbar der Grund auch sein mag, so trifft er doch unsre Ansicht in keiner Weise. Es wird nicht behauptet, daß jedes persönliche Gläubigerrecht, sobald es nur glaubhaft gemacht ist, vorgemerkt werden solle, sondern daß das persönliche Gläubigerrecht sich erst im Arreste zu einem Anspruch gegen das Grundstück selbst oder zu einem Widerspruchsrechte individualisirt, und daß deshalb eine Vormerkung einzutragen ist. Das Requisit der Glaubhaftmachung bezieht sich also auf den so individualisirten Anspruch oder das so individualisirte Widerspruchsrecht, die Arrestanlegung wird immer vorausgesetzt, da ohne sie ein Recht am Grundstücke oder ein Widerspruchsrecht noch nicht existirt.[14]) Zuzugeben ist nur, daß das Requisit der Glaubhaftmachung in den

[14]) Der von Dernburg und Hinrichs S. 360 Note 21 erhobene Vorwurf, daß nach unserer Auffassung der Prozeßrichter dingliche Rechte willkürlich kreiren könne, erscheint daher wenig begründet.

Requisiten des Entstehens des Individualrechts durch Arrestanlegung mit enthalten ist, so daß es für die Vormerkung im Wege des Arrestes der Bestimmung des § 70 nicht besonders bedurft hätte. Geschichtlich liegt aber wohl die Sache dahin. Der überhaupt verunglückte und bereits wieder beseitigte § 70 befand sich im Regierungsentwurfe nicht und ist erst durch das Herrenhaus in das Gesetz hineingekommen. Absicht nach den Motiven war es, nur die durch den Prozeßrichter vermittelte Protestation aufrecht zu erhalten (vgl. Motive zu § 22 des Ges.), und deshalb erwähnt noch das Gesetz bei jeder Art der Vormerkung des Prozeßrichters.[15]) Hiermit hätte man bereits das praktisch wünschenswerthe Resultat erreicht gehabt. Beim Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung darüber, wann der Prozeßrichter die Eintragung einer Vormerkung zu veranlassen habe, hätte man die Eintragung der nicht konsentirten Vormerkung abhängig machen müssen von den allgemeinen Erfordernissen des Arrestes, und soweit ein Titel schon vor demselben vorhanden war, wäre eine Bescheinigung desselben genügend gewesen, da sich aus der entgegenstehenden Eintragung schon die Gefahr des Verlustes ergab. Die Erreichung dieser Absicht hat nun freilich das Herrenhaus vereitelt, indem es aber beim Vorhandensein eines Titels nur die Glaubhaftmachung verlangte, hat es jedenfalls die Möglichkeit nicht ausschließen wollen, daß durch die Arrestanlegung ein Titel oder ein Widerspruchsrecht erst entsteht. Die oben angegebenen Motive widersprechen sogar einer derartigen Annahme direkt.

Will man aber überhaupt die Entscheidung zwischen den beiden widerstreitenden Meinungen von ihrer praktischen Brauchbarkeit abhängig machen, so wird sich wohl auch die Wage zu Gunsten unserer Ansicht neigen. Wie wir unten näher ausführen werden, hat die alte Arrestprotestation den Glauben des Grundbuchs in der 3. Abtheilung zerstört; es liegt im Interesse des Realkredits, daß alle Einschreibungen der 3. Abtheilung nach der Reihenfolge rangiren, daß Jeder sich darauf verlassen kann, und daß sie nicht durch eine Einschreibung, deren Wirkungen geringere und nach der schwankenden Judikatur im hohen Grade zweifelhafte sind, ins Schwanken gebracht werden. Wenn man nun den Gesetzgeber nach dem Wortlaute des Gesetzes in dieser Weise verstehen muß, so liegt u. E. auch

[15]) Der § 60 G.E.G. sogar der Anstellung der Klage.

nicht der geringste Grund vor, weshalb durch eine künstliche, aus aufgehobenen Gesetzen hergenommene Interpretation die heilsame Wirkung des Gesetzes wieder in Frage gestellt werden soll.

Wir kommen nunmehr zu der Betrachtung, wie sich unsre Frage der deutschen Civilprozeßordnung gegenüber stellt. Der § 811 der Civilprozeßordnung bestimmt:

> „Die Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen bestimmt sich nach den Landesgesetzen."

Allerdings ist diese Vorschrift nicht etwa bloß auf die formale Vollziehung des Arrestes zu beziehen, wie man aus dem Wortlaute folgern könnte. Das Gegentheil ergiebt sich aus den Motiven und aus dem korrespondirenden § 757, gemäß dessen sich insbesondere nach den Landesgesetzen bestimmen soll, inwiefern der Gläubiger berechtigt ist, seine Forderung in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen. Daran kann kein Zweifel sein, daß nach § 811 C.P.O. die *besonderen* Voraussetzungen und Wirkungen des Immobiliararrestes nach den Landesgesetzen zu beurtheilen sind. Nach unsrer Auffassung der Vormerkung stellt sich also die Sache vor wie nach dahin, daß wegen des persönlichen Geldanspruchs eine Vormerkung im Wege des Arrestes einzutragen ist. Aber selbst die Ansicht der Gegner als richtig vorausgesetzt, dürfte man für die Gegenwart zu demselben praktischen Resultat gelangen.

Gemäß des § 811 C.P.O. ist zu fragen: was ist Landesgesetz für Preußen hinsichtlich der Arrestprotestation. Ein derartiges Landesgesetz, welches die Natur der Arrestprotestation bestimmt, giebt es nun aber überhaupt nicht, vielmehr hat das Pr. 1135 hinsichtlich derselben im Wesentlichen nur prätorisches Recht geschaffen. In dem Präjudiz ist als Grundsatz aufgestellt, daß der Immobiliararrest nach Analogie der allgemeinen Bestimmungen der A.G.O. über den Mobiliararrest zu beurtheilen sei. In dieser Erwägung ist er zugelassen, aus dieser Erwägung heraus ist er konstruirt. Selbst der 3. Senat des Ober-Tribunals begründet seine Ansicht über die schwächere Wirkung der Arrestprotestation wesentlich durch die Betrachtung, daß der Immobiliararrest im möglichsten Anschluß an den Mobiliararrest zu konstruiren sei, und dieser Grundsatz und gewiß nicht die einzelnen Entscheidungen ist dann Landesgesetz für Preußen. Daraus folgt aber, daß zwar früher (vor dem Gesetze v. 5. Mai 1872) der Immobiliararrest keinen Titel zum Pfandrecht gab, weil auch

dem Mobiliararreste diese Wirkung nicht beigelegt war, daß aber gegenwärtig beide den Titel zum Pfandrecht begründen müssen. Hält man nun aber auch das Pr. 1135 nicht für prätorisches Recht, so ergiebt sich doch, daß es ein Landesgesetz in Preußen über die Natur der Arrestprotestation überhaupt nicht giebt, denn der § 52 der Novelle hat, wie wir gesehen haben, nur formale Bedeutung. Dann aber bleibt wieder nichts übrig, als den Immobiliararrest nach den allgemeinen Bestimmungen über den Mobiliararrest zu beurtheilen.

Zu demselben Resultate gelangt man auf Grund folgender Erwägung: Der § 811 C.P.O. kann nicht dahin ausgelegt werden, daß damit alle Bestimmungen der Allg. Gerichtsordnung allein für den Immobiliararrest aufrecht erhalten sein sollen. Eine derartige Auffassung ist aus dem Grunde unmöglich, weil alle Bedingungen, die der 29. Titel der Gerichtsordnung voraussetzt, fehlen. Will man etwa den Immobiliararrest nur dann verhängen, wenn eine Klage noch im Sinne der A.G.O. angestellt wird, will man noch ferner in dem Haupterkenntniß über ihn befinden u. s. w.? Sollen etwa, wenn ein allgemeiner Arrest auf Immobilien und Mobilien angebracht wird, theilweise die alten allgemeinen Vorschriften des früheren Rechts, theilweise die des neuen in Anwendung kommen? Der § 811 C.P.O. verträgt nur die Auslegung, daß die allgemeinen Grundsätze auch für den Immobiliararrest gelten, und nur die besonderen Bestimmungen der Landesgesetze über den Immobiliararrest aufrecht erhalten sein sollen. Da nun aber das besondere Landesgesetz für Preußen das Pr. 1135 ist, nach dem die Analogie des Mobiliararrestes entscheidet, oder es überhaupt kein Landesgesetz giebt, so daß man auf dieselbe Analogie zurückgehen muß, ist dasselbe Resultat erreicht.

Diese Interpretation wird um so unbedenklicher, wenn man berücksichtigt, daß die für Preußen fehlende Bestimmung über die Natur des Immobiliararrestes durch die Civilprozeßordnung ergänzt ist. Der § 796 C.P.O. bestimmt, daß der Arrest in das unbewegliche Vermögen zur Sicherung der Zwangsvollstreckung stattfinden soll, d. h. zur Sicherung der Wirkungen der Zwangsvollstreckung.[16]) Dabei ist zu bemerken, daß der Gesetzgeber ausdrücklich auch vom

[16]) Diese Auffassung des § 796 C.P.O. kann nicht zweifelhaft sein, da die Motive ausdrücklich sagen, daß, wenn der Arrest die Zwangsvollstreckung sichern solle, er auch dieselbe Wirkung wie diese haben müsse.

Immobiliararrest spricht. Die Zwangsvollstreckung in ein Immobile giebt aber auch nach preußischem Rechte (§ 22 der Verord. vom 4. März 1834 und § 60 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869) einen Titel zum Pfandrecht, und wenn nun diese Wirkungen der Zwangsvollstreckung dem Arrestgläubiger gesichert werden sollen, muß der Arrest dieselbe Wirkung haben. Der schon früher vom 4. Senat geltend gemachte Grund, daß der Arrest eine antizipirte Exekution sei, erhält hiermit eine gesetzliche Unterlage. Also das alte preußische Recht war genöthigt, um deshalb einen künstlichen Unterschied zwischen der Beschlagnahme von Immobilien im Wege des Arrestes und der Beschlagnahme im Wege der Exekution zu konstruiren, weil für die erste die Analogie des Mobiliararrestes festgehalten werden mußte, während der Beschlagnahme im Wege der Exekution durch besondere Gesetze die Wirkung beigelegt wurde, daß sie einen Titel zum Pfandrecht verschaffte, nunmehr führt die Analogie des Mobiliararrestes ebenfalls zu dem Resultate, daß der Immobiliararrest die volle dingliche Wirkung hat, und außerdem ist der künstliche Unterschied zwischen den beiden Arten der Beschlagnahme durch den § 796 C.P.O. reichsgesetzlich beseitigt. Aus allgemeinen Grundsätzen ergab sich früher die schwächere Wirkung der Arrestprotestation, aus allgemeinen Grundsätzen ergiebt sich gegenwärtig ihre vollere Wirkung.

Aus allen diesen Erwägungen müssen wir unsere dahin gehende Behauptung aufrecht erhalten, daß der persönliche Gläubiger nach § 22 Abs. 1 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 durch die Vermittlung des Prozeßrichters einen Titel zur Hypothek erlangt, und daß deshalb für denselben im Wege des Arrestes eine Vormerkung einzutragen ist. Die noch einmal kurz zusammengedrängten Gründe sind folgende:

a) Der Wortlaut des Gesetzes (§ 22 des G.E.G.) spricht für diese Meinung; es ist ebenso undenkbar, daß der Gesetzgeber gerade die wesentlichsten Erfordernisse weggelassen haben sollte, wie unzulässig, den § 22 aus aufgehobenen Gesetzen zu ergänzen.

b) Die Vormerkung ist ein technischer Begriff, nämlich der eines Sicherungsmittels jedes Rechts am Grundstück und erlangt durch diese Auffassung erst ihre gesetzgeberische Vollendung. Im Arreste wird aber das persönliche Gläubigerrecht zum Individualrecht, zum Widerspruchsrecht gegen weitere Verfügungen. Das Prinzip des

neuen Gesetzes fordert sogar, daß das persönliche Individualrecht und das persönliche Gläubigerrecht gleich behandelt werden, wie dies bereits im § 52 der Hypothekennovelle geschehen ist.

c) Gerade die Stellung des § 22 Abs. 1 im dritten Abschnitte des Gesetzes zeigt deutlich, daß in ihm die Bedingungen des Erwerbs einer Hypothek normirt werden sollten. Daher ist auch anzunehmen, daß der Gesetzgeber die vollen Bedingungen angegeben hat.

d) Die Grundbuchgesetze haben offenbar die Absicht, alle Einschreibungen wegen jedes Rechts zu regeln. Der Arrest wegen eines persönlichen Anspruchs wird aber nicht erwähnt, und nach der gegentheiligen Ansicht wäre überhaupt die Fortexistenz der Arrestprotestation im Gesetze vom 5. Mai 1872 in Frage gestellt. Als Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 11 G.E.G. kann sie in keinem Falle aufgefaßt werden, da sie ohne Eintragung gegen Dritte überhaupt keine Wirkung hat, der § 11 überhaupt von definitiven, nicht vorläufigen Eintragungen handelt.

e) Die von uns vertretene Ansicht schließt sich eng an die Geschichte des Rechtsinstituts in Preußen an, entscheidet eine ganz bekannte Kontroverse, die der Gesetzgeber erledigt hat, und wie sich aus der Vorgeschichte und aus den Motiven ergiebt, auch erledigen wollte. Sie steht im Flusse der fortschreitenden Gesetzgebung, da der Beschlagnahme namentlich in Bezug auf Grundstücke mehr und mehr die volle dingliche Wirkung beigelegt wird.

f) Dieselbe entspricht auch allein dem praktischen Bedürfniß, da die Geldansprüche im Interesse des Realkredits stets der Reihenfolge nach rangiren müssen.

g) Die deutsche Civilprozeßordnung sanktionirt die allgemeinen, schon vom 4. Senat des Ober-Tribunals aufgestellten Rechtsgrundsätze und beseitigt den aus der Analogie des Mobiliararrestes hergenommenen Gegengrund, verwandelt ihn vielmehr gerade zu einem Grunde für die von uns vertretene Meinung.

Sonach hat sich allerdings die Vormerkung zu einem technischen Begriff gestaltet: Sie ist die vorläufige Eintragung auf Grund eines Rechts am Grundstücke. Ihre Voraussetzung sind: das jus in re, das jus ad rem und das persönliche Gläubigerrecht, sobald es sich durch Ausbringung des Arrestes zu einem Individualrecht oder Widerspruchsrecht gestaltet hat. Die letztere Bedingung ist an sich

selbstverständlich und ist nur deshalb hinzugefügt, um etwaigen Mißverständnissen zu begegnen.

## C. Die formellen Voraussetzungen der Vormerkung.

Die Hypothekennovelle schrieb in § 47 der Regel nach (die Ausnahmen interessiren nicht mehr) vor, daß behufs Erlassung der Requisition um Eintragung einer protestatio pro conservando jure es erforderlich sei, daß in Betreff des behaupteten Realanspruchs die Klage wenigstens angemeldet, und der Anspruch, der Vorschrift des § 291 Tit. II. der Hypothekenordnung gemäß, bescheinigt worden sei. Die Einschreibung einer Arrestprotestation wegen des persönlichen Gläubigerrechts setzte die Anlegung des Arrestes voraus. Der Entwurf des G.E.G. hatte über das prozessualische Verfahren behufs Erwirkung der Vormerkung keinerlei Vorschrift; nach den Motiven zum § 22 (§ 19 des Entwurfs) ging aber die Absicht offenbar dahin, abgesehen von der bewilligten Vormerkung, nur die durch den Prozeßrichter vermittelte Vormerkung aufrecht zu erhalten, die auf einseitigen Antrag des Berechtigten einzutragende Protestation dagegen aufzuheben, und so wurde bei jeder einzelnen Art der Vormerkung bestimmt, daß sie nur mit Bewilligung des eingetragenen Eigenthümers oder unter Vermittlung des Prozeßrichters eingeschrieben werden solle. Daraus folgte, daß für die Frage, wann die Vermittlung des Prozeßrichters einzutreten hatte, die allgemeinen Grundsätze über die vorläufigen Verfügungen desselben maßgebend sein mußten. Hiernach wären stets die Erfordernisse des Arrestprozesses zu verlangen gewesen, doch hätte vor wie nach die Bescheinigung des titulirten Rechts genügt, da die Gefahr seines Verlustes sich aus der entgegenstehenden Eintragung von selbst ergab.

Das Erreichen dieses wünschenswerthen Resultats hat nun freilich das Herrenhaus durch Einschiebung des § 70 verhindert, eines Paragraphen, der u. E. die Lehre der Vormerkung überhaupt gefährdet hat. Trotzdem es nach den Motiven Prinzip des Gesetzes sein sollte, die auf einseitigen Antrag einzutragende Protestation abzuschaffen, läßt sich auf Grund des § 70 nunmehr mit gutem Grunde die Ansicht vertheidigen, daß die Vormerkung des bereits titulirten Rechts von den Erfordernissen der Anstellung der Klage oder den sonstigen Erfordernissen des Arrestprozesses entbunden sei.

Dernburg und Hinrichs S. 378 fordern allerdings für die Vormerkung des jus ad rem causa arresti und berufen sich Note 6 auf die Vorgeschichte des § 8 G.E.G. Diese Vorgeschichte dürfte aber aus dem Grunde nicht in Betracht kommen, weil der § 70 mit ihr gebrochen hat. Die Bemerkung von Behrend (Zeitschrift Bd. 7 S. 115) scheint also begründeter:

„Weitere Erfordernisse (als die des § 70) zu suppeditiren, sind wir offenbar nicht berechtigt; der Prozeßrichter wird mithin das Gesuch stellen müssen, sobald er den Anspruch oder das Widerspruchsrecht für glaubhaft erachtet, gleichviel ob die Voraussetzungen des Arrestes vorhanden sind oder nicht."

Damit kam man zu dem höchst bedenklichen Resultate, daß gegen den eingetragenen Eigenthümer ohne Weiteres Vormerkungen eingetragen werden konnten, und er nun in die Lage versetzt wurde, die Klage auf Löschung anzustellen. Das Ober-Tribunal nahm zwar an, daß demjenigen, welcher die Vormerkung nachsuchte, vom Prozeßrichter eine Frist zur Anstellung der Klage gesetzt werden solle, (Entsch. Bd. 78 S. 115, Gruchot Beiträge, Bd. 21 S. 124) aber diese aus praktischen Rücksichten nothwendige und aus den Vorschriften über das Arrestverfahren entnommene Vorschrift läßt sich wohl mit juristischen Gründen nicht rechtfertigen. Wenn man einmal annimmt, daß im § 70 alle prozessualischen Voraussetzungen der Vormerkung bestimmt sind, und daß namentlich von den Erfordernissen der Anstellung der Klage und des Arrestprozesses Abstand genommen sei, läßt sich das einseitige Herausgreifen einer Bestimmung über den Arrestprozeß auch nicht rechtfertigen; ist man aber der Meinung, daß im § 70 die Voraussetzungen der Vormerkung so wie so nicht vollständig bestimmt seien, so liegt wieder kein Grund vor, weshalb man nicht alle Vorschriften über den Arrestprozeß anwenden will, soweit der § 70 nicht entgegensteht. Das Ober-Tribunal steht in der Mitte zweier widerstreitender Ansichten.

Glücklicher Weise ist diese ganze Kontroverse durch die deutsche Civilprozeßordnung und das Ausführungsgesetz vom 24. März 1879 in praktischer Weise erledigt. Der § 18 des zuletzt gedachten Gesetzes bestimmt, daß die nach dem Gesetze über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872 zur Eintragung einer Vormerkung erforderliche Vermittlung des

Prozeßrichters nur[17]) als Ausfluß einer einstweiligen Verfügung nach den Vorschriften der deutschen Civilprozeßordnung stattfinde. Daraus folgt, daß für die Vormerkung des titulirten Rechts die Existenz einer vorläufigen Verfügung nothwendige Voraussetzung ist, die nach § 814 C.P.O. nur dann erlassen werden darf, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

Der § 811 der deutschen Civilprozeßordnung, § 24 des Gesetzes, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, schreiben nun freilich vor, daß die Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen sich nach den Landesgesetzen bezw. nach den in den einzelnen Landestheilen bestehenden Vorschriften bestimmen soll, sie vertragen aber, wie bereits ausgeführt, nicht die Auslegung, daß nach ihnen der Immobiliararrest in jeder Beziehung wie früher behandelt werden soll, sondern nur die, daß die besonderen Vorschriften der Landesgesetze über den Immobiliararrest aufrecht erhalten sind. Daher ist die Vormerkung wegen des persönlichen Geldanspruchs auch nur auf Grund eines nach den Vorschriften der deutschen Civilprozeßordnung abgegebenen Arrestbeschlusses oder Arresterkenntnisses einzutragen.[18])

Es wird aber vor wie nach nothwendig sein, daß der Prozeßrichter die direkte Vermittlung an das Grundbuchamt übernimmt. Für die im Wege der einstweiligen Verfügung einzutragende Vormerkung ist dies im § 18 des Ausführungsgesetzes ausdrücklich bestimmt, und es kann füglich nicht angenommen werden, daß der

---

[17]) Durch das Wort „nur" des § 18 soll die von der Praxis festgestellte Interpretation des § 70 G.E.G. reprobirt werden. Die Eintragung einer Vormerkung ist nicht schon dann zu veranlassen, wenn dem Prozeßrichter der Anspruch oder das Widerspruchsrecht glaubhaft gemacht wird, sondern erst dann, wenn die Bedingungen der einstweiligen Verfügung gemäß § 814 C.P.O. vorliegen.

[18]) Die Vorschrift des § 19 des Ges. vom 24. März 1879 über die Löschung der durch einstweilige Verfügung angeordneten Eintragungen wird analog auf die im Wege des Arrestes eingetragene Vormerkung wegen eines Geldanspruchs anzuwenden sein, sobald der Arrestbeschluß oder das Arresterkenntniß aufgehoben ist. Daß eine entsprechende Vorschrift hinsichtlich des Arrestes fehlt, ist nach unserer Auffassung nicht einmal ein Mangel des Gesetzes, da sich das persönliche Gläubigerrecht im Arreste zu einem Individualrecht gestaltet, und so die Eintragung gleichzeitig zur einstweiligen Verfügung wird.

Gesetzgeber unter „Vermittlung des Prozeßrichters" etwas anderes versteht, als im Gesetze vom 5. Mai 1872, zumal dieses speziell in Bezug genommen wird. Für die Vormerkung eines Geldanspruchs kommt man zu demselben Resultate, da dies entweder aus dem § 22 des G.E.G. oder aus den Vorschriften über die Arrestprotestation folgt, und diese Gesetze jedenfalls aufrecht erhalten worden sind, weil sie besonders und allein den Immobiliararrest betreffen.[19]) Den allgemeinen Prinzipien der deutschen Civilprozeßordnung hätte es wohl mehr entsprochen, wenn man die Ausführung der einstweiligen Verfügung bezw. des Arrestes, also auch die Uebermittlung des betreffenden Beschlusses oder Erkenntnisses der Partei selbst überlassen hätte, dies ist aber offenbar nicht geschehen, und nur die Vormerkung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urtheil über den Anspruch selbst ist auf den direkten Antrag der Partei einzutragen (§ 22 des Ges. betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 4. März 1879).

Hiernach hat man allerdings zu scheiden die Vormerkung wegen eines titulirten Rechts, deren Eintragung im Wege der einstweiligen Verfügung erfolgt, und die Vormerkung wegen eines noch nicht titulirten Geldanspruchs, deren Eintragung im Wege des Arrestes erfolgt. Man muß aber vor allen Dingen festhalten, daß diese Unterscheidung nur die materiellen und formalen Voraussetzungen trifft, und daß deshalb aus ihr noch nicht auf einen Unterschied in den Wirkungen zu schließen ist. Unter dieser Voraussetzung wäre kaum dagegen etwas einzuwenden, daß in diesem Sinne eigentliche Vormerkung und Arrestprotestation geschieden werden, wenn nicht zu fürchten wäre, daß man in unklarer Weise diese Unterscheidung auch auf die Wirkung übertragen werde, nach der, wie wir sehen werden, die Vormerkungen sich ganz anders gruppiren.

---

[19]) Hier entscheidet jedenfalls § 811 C.P.O. als Sitz der anzuwendenden Bestimmungen. Die Analogie der Eintragung aus dem vollstreckbaren Erkenntnisse läßt sich dagegen wohl nicht anführen, da der § 808 C.P.O. durch den § 811 ausgeschlossen wird, soweit der letztere reicht.

(Schluß folgt.)

## Nr. 12.

## Kollision zwischen Waldservituten und Forstkultur.

Von Herrn Geh. Ober-Justizrath Paris, z. Z. in Leipzig.

---

Die Möglichkeit der partiellen Unterwerfung einer Sache unter den Rechtswillen war sicherlich einer der fruchtbarsten Fortschritte in der Entwicklung des Rechtslebens. Der feine praktische Rechtssinn der Römer wußte dem Institut der Servituten so scharfe Grenzen zu ziehen, daß es dem Bedürfniß vollkommen genügte, ohne der freien Bewegung des Eigenthums wesentlichen Eintrag zu thun. Die maßlose Belastung des Eigenthums im Mittelalter dagegen führte in neuerer Zeit zu einer Reaktion gegen das Institut der Servituten, die sich sowohl in der Gesetzgebung wie in der Rechtsprechung geltend machte und in das entgegengesetzte Extrem umzuschlagen droht.

Die in dem § 164 der Gem.-Theil.-Ordn. vom 7. Juni 1821, der Deklaration vom 31. März 1841 und Art. 12 des Ergänzungsgesetzes vom 2. März 1850 eingeführte Beschränkung der Erwerbung von Servituten durch Verjährung erscheint mit Rücksicht darauf nicht ohne Bedenken, daß in den meisten Fällen die Verjährung in Wirklichkeit gar keine selbständige Erwerbungsart ist, sondern nur einen Ersatz für die bei solchen meistens aus uralter Zeit herstammenden Rechtsverhältnissen gewöhnlich unmögliche Nachweisbarkeit eines anderen Erwerbstitels darstellt. Auch die Vorschrift der §§ 170 und 171 der Verordnung vom 20. Juni 1817 führt nicht selten zur Beseitigung alter Servitutrechte, an deren Aufhebung keiner der Interessenten gedacht hat. In der Rechtsprechung des preußischen Ober-Tribunals endlich zeigt sich mehrfach eine den Servitutrechten abgeneigte Tendenz, der gegenüber es geboten sein dürfte, daran zu erinnern, daß das Servitutrecht ebenso gut ein wahres und wohlbegründetes Recht ist wie das Eigenthum, und daß ein vermeintliches Kulturinteresse nicht dahin führen darf, wohl erworbene Rechte zu verletzen.

In einer westfälischen Ablösungssache von Holzgerechtigkeiten kam im Jahre 1879 die Frage zur Kontestation, ob der Waldeigenthümer berechtigt sei, eine zum Nachtheil der Servitutberechtigten gereichende ganz neue Bewirthschaftungsart seines Waldes einzuführen. Bis

zum Ende des vorigen Jahrhunderts war nämlich die sogenannte Fehmelwirthschaft üblich gewesen, welche eine solche Menge bestimmter Holzabgänge lieferte, daß die Servitutberechtigten ihren vollen Bedarf an Brennmaterial daraus befriedigen konnten. Die demnächst eingeführte, für die Kultur des Waldes allerdings viel zweckmäßigere Schlagwirthschaft beschränkte dagegen denjenigen Holzabgang, auf welchen die Servitutberechtigten angewiesen waren, in so erheblicher Weise, daß dieselben nicht mehr die Hälfte ihres Bedarfs zu decken vermochten. Bisher war eine Ausgleichung faktisch dadurch erfolgt, daß der Waldeigenthümer den Servitutberechtigten gewisse Quantitäten Klafterholz zu einer sehr billigen Forsttaxe geliefert hatte. Bei der Ablösung verlangten die Servitutberechtigten, daß bei der Abschätzung ihrer Entschädigung diejenige Ertragsfähigkeit des Waldes zu Grunde gelegt werde, wie sie sich bei Fortdauer der alten Fehmelwirthschaft herausgestellt haben würde. Dem widersprach der Waldeigenthümer; die Generalkommission entschied jedoch zu Gunsten der Servitutberechtigten.

Auf die Appellation des Waldeigenthümers erklärte das Revisionskollegium für Landeskultursachen den Antrag der Holzberechtigten für unbegründet, indem es ausführte, daß sowohl nach gemeinem wie nach preußischem Recht bestehende Servituten den Waldeigenthümer nicht hindern dürften, eine neue von der Forstwissenschaft als zweckmäßig anerkannte Bewirthschaftungsart einzuführen, wenn auch die Servitutrechte dadurch beeinträchtigt würden. Für das römische Recht wird lediglich auf den Ausspruch des Celsus in der lex 9 D. de servit. (8, 1) Bezug genommen, daß die Servitut civiliter auszuüben sei. Für das preußische Recht werden die §§ 80, 213 und 225 A.L.R. I. 22, die §§ 171 und 174 der Gem.-Th.-Ordn. vom 7. Juni 1821 und besonders der § 27 des Kulturedikts vom 14. September 1811 angezogen und ausgeführt, daß durch letzteren die Grundsätze des § 4 des Edikts und des § 31 A.L.R. I. 22 von ihrer Anwendbarkeit auf Forstservituten ausgeschlossen seien, und daß die Einführung der Schlagwirthschaft an Stelle der früheren Fehmelwirthschaft weder für eine Anstalt und Vorkehrung im Sinn des § 225 noch für eine Schuld im Sinne des § 233 A.L.R. I. 22 erachtet werden könne.

Auf die Revision der Servitutberechtigten hat das Ober-Tribunal diese Entscheidung bestätigt. Es weist in den Gründen darauf

hin, daß bereits in dem Präjudiz Nr. 1886 (Entsch. Band 15 S. 283) ausgesprochen sei, daß der Servitutberechtigte sich nicht nur den Forstpolizeigesetzen unterwerfen, sondern sich auch, wenn ihm sein Bedarf nicht ohne Nachtheil für die Forstkultur gewährt werden könne, eine Einschränkung seines Rechts so weit gefallen lassen müsse, als dessen Ausübung mit der Forstkultur unvereinbar sei. Das Recht des Servitutberechtigten sei überhaupt seiner Natur nach kein absolutes auf Gewährung einer bestimmten Quantität Holz, sondern nur ein relatives, durch die Leistungsfähigkeit des dienenden Waldes begrenztes. Das Bedürfniß des Berechtigten bezeichne das höchste Maß dessen, was er aus dem dienenden Grundstück entnehmen dürfe, der Eigenthümer sei aber nicht zur Gewährung dieser Quantität verpflichtet, sondern nur zur Duldung der Entnahme derselben aus dem Walde, soweit dies ohne Nachtheil für die Forstkultur geschehen könne. Demgemäß müsse er allerdings willkürliche, das Servitutrecht beeinträchtigende Handlungen unterlassen. Die Erhaltung und Verbesserung des Waldes auf Grund der von der Forstwissenschaft als zweckmäßig anerkannten Bewirthschaftungsart sei aber keine solche willkürliche Handlung, sondern trage als Pflicht eines bonus paterfamilias — ja mit Rücksicht darauf, daß die Erhaltung der Wälder als durch das Interesse der allgemeinen Landeskultur geboten von der Gesetzgebung anerkannt sei, sogar als Pflicht eines guten Staatsbürgers — den Karakter der Nothwendigkeit an sich. Der Erfüllung dieser Pflicht und dem höheren Kulturinteresse müsse das Servitutrecht weichen.

Diese Entscheidung erscheint indeß in hohem Grade bedenklich. Es ist allerdings richtig, daß das Servitutrecht dem Eigenthümer des dienenden Waldes nicht die Verpflichtung zur Gewährung einer bestimmten Quantität Holz auferlegt, sondern nur die zur Duldung der Entnahme, und daß das Recht in der Ertragsfähigkeit des Waldes seine Grenze findet. Allein soweit das dingliche Recht einmal konstituirt ist, soweit geht es dem Eigenthumsrecht unbedingt vor, denn soweit hat der Eigenthümer einen Bestandtheil seines Eigenthumsrechts von diesem losgelöst und auf den Servitutberechtigten übertragen, seiner freien Verfügungsfähigkeit also selbst Schranken auferlegt.

Geht man von dem einfachsten und natürlichsten Fall, nämlich der Konstituirung einer solchen Servitut durch Vertrag aus, so wird

man so wenig wie bei jedem anderen Vertrag — z. B. dem Kauf einer Sache — in Zweifel ziehen können, daß ein Konsens beider Theile über das zu übertragende Objekt zu Stande gekommen und nach diesem die Gegenleistung bemessen ist. Von beiden Theilen wird dabei in Betracht gezogen, wie viel Holz der Berechtigte bedarf und wie viel der dienende Wald zu gewähren im Stande ist, welchen Einfluß Naturereignisse und die zur Erhaltung des Waldes nothwendigen Kulturmaßregeln auf die Ertragsfähigkeit desselben zu üben geeignet sein möchten. Ganz selbstverständlich ist aber, daß dabei nur die damals übliche Kulturart des Waldes, nicht aber eine davon gänzlich verschiedene und noch unbekannte in Betracht gezogen werden konnte, welche die Forstwissenschaft künftig einmal als zweckmäßig empfehlen könnte. Man kann daher auch nicht füglich in Zweifel ziehen, daß die Kontrahenten über die Fortdauer jener Bewirthschaftungsart einverstanden gewesen sind, und daß sie den Vertrag in der geschehenen Weise nicht abgeschlossen haben würden, wenn sie an die Möglichkeit gedacht hätten, daß später eine ganz andere, das Servitutrecht wesentlich beeinträchtigende Bewirthschaftungsart eingeführt werden könnte.

Wenn daher der Eigenthümer auch nicht zur Lieferung einer bestimmten Quantität Holz verpflichtet ist, so liegt es doch in der Natur der Sache, daß er die Verbindlichkeit übernommen hat, Alles zu unterlassen, was einen nachtheiligen Einfluß auf die Ertragsfähigkeit des Waldes hinsichtlich des dem Servitutberechtigten eingeräumten Holzsortimentes üben könnte, namentlich also auch die Einführung einer Bewirthschaftungsart, durch welche das Servitutrecht wesentlich beschränkt oder illusorisch gemacht werden würde.

Daß für das römische Recht aus dem Ausspruch des Celsus in der lex 9 D. de servit. (8, 1), daß die Servitut civiliter auszuüben sei, nicht die Verpflichtung für den Servitutberechtigten hergeleitet werden kann, auf sein Recht ganz oder zum Theil zu verzichten, wenn dessen Ausübung den Eigenthümer an der Aenderung der Bewirthschaftungsart hindert, ist an sich klar und geht auch aus dem übrigen Inhalt der Stelle mit Evidenz hervor. Es wird darin gesagt, daß das ganz allgemeine Recht, über ein Grundstück zu gehen, alle Theile desselben ohne Einschränkung belaste, daß es indeß civiliter auszuüben sei, da sich als vermuthlicher Wille der Kontrahenten annehmen lasse, daß der Berechtigte nicht durch die Villa selbst oder

mitten durch die Weingärten gehen dürfe, wenn er ebenso bequem und mit geringerem Nachtheil für das Grundstück einen anderen Weg nehmen könne. Irgend eine wirkliche Beschränkung des Rechts, soweit der Berechtigte dessen bedarf, ist hierin nicht vorgeschrieben, sondern nur ein Verbot einer unnützen Ausübung desselben zur Benachtheiligung des Eigenthümers aus bloßer Chikane. Das Servitutrecht muß in verständiger Weise mit möglichster Schonung des Eigenthums ausgeübt werden, der Umstand allein aber, daß es dem Eigenthümer zum Nachtheil gereicht, kann die Ausübung nicht hindern, da sich der Eigenthümer einem solchen Nachtheil durch Bestellung des Rechts unterworfen und insoweit sein freies Verfügungsrecht beschränkt hat. Ueber diese Grundsätze besteht unter den gemeinrechtlichen Rechtslehrern kein Streit — vergl. Hoffmann, Lehre von den Servituten §§ 9 und 10; Windscheid, Pandekten § 209; Puchta, Pandekten § 178 und Vangerow, Leitfaden § 340, wo ausgeführt ist, daß im Kollisionsfall des Eigenthümers mit dem Servitutberechtigten das Recht des Letzteren stets das stärkere ist.

Das A.L.R. geht im Wesentlichen von gleichen Grundsätzen aus, und mit Recht stellt Dernburg § 293 den Satz an die Spitze seiner Erörterungen, daß die Servitut in ihrer Sphäre dem Eigenthum vorgehe. So großes Gewicht auch das A.L.R. auf möglichst freie Bewegung des Eigenthümers legt, so tritt doch aus allen den betreffenden Bestimmungen die Anerkennung jenes Satzes klar hervor. So wird in den allgemeinen Vorschriften der §§ 14 ff. A.L.R. I. 19 zwar gesagt, daß Einschränkungen des Eigenthums nicht vermuthet werden und im Zweifel die Präsumtion für die geringere Belastung spreche, daß ferner im zweifelhaften Fall das Servitutrecht, so viel es seine Natur und der ausdrücklich erklärte Zweck seiner Bestimmung zulasse, zum Besten des Eigenthümers eingeschränkt werden müsse, aber es wird im § 18 ausdrücklich hinzugefügt:

> „Doch ist dabei dahin zu sehen, daß der Berechtigte an dem nützlichen Gebrauch seines Rechts nicht gehindert oder ihm dasselbe gar vereitelt werde.“

Alle diese Bestimmungen und namentlich auch die Vorschrift des § 20, daß, wenn das Recht mit gleicher Wirkung für den Berechtigten auf mehr als eine Art ausgeübt werden könne, die

dem Eigenthümer am wenigsten lästige zu wählen sei, stimmen mit dem römischen Recht überein und lassen klar erkennen, daß die volle Sicherung der Ausübung des Servitutrechts überall in erste Linie gestellt und nur unter dieser Voraussetzung auf möglichste Schonung des Eigenthums gedrungen wird.

Dem entsprechen auch die besonderen Vorschriften über Grundgerechtigkeiten im 22. Titel Thl. I. A.L.R. Im § 29 wird die Verpflichtung zur Einschränkung der Servitut auf einen Theil des belasteten Grundstücks davon abhängig gemacht, daß sie ohne Nachtheil des Berechtigten erfolgen könne; nach § 31 darf der Eigenthümer in seinem Grundstück nichts vornehmen, wodurch der andere in der Ausübung seiner Grundgerechtigkeit gehindert oder ihm dieselbe vereitelt werden könnte; nach § 105 geht bei einer durch Zufall oder höhere Gewalt veranlaßten Veränderung des dienenden Grundstücks und dadurch nothwendig gewordenen Verminderung des aufzutreibenden Viehstandes der Servitutberechtigte mit seinem bestimmt begrenzten Recht dem Eigenthümer vor. Nach §§ 170 ff. müssen die Weideberechtigten sich allerdings die durch die Herstellung eines devastirten Waldes bedingte Einschränkung ihres Rechts gefallen lassen, aber nur auf Zeit und bedingungsweise gegen Entschädigung, und auch das den Servitutberechtigten noch ungünstigere Kulturedikt vom 14. September 1811 verordnet im § 29 doch immer nur eine billige Einschränkung nach dem Urtheil von Schiedsrichtern. Nach § 225 muß der Waldeigenthümer, der in der Benutzung des Waldes solche Anstalten und Vorkehrungen gemacht hat, daß dadurch den Raff- und Leseholzberechtigten die Ausübung ihres Rechts vereitelt wird, denselben bis zur Beseitigung des Mangels stehendes Holz gewähren, und es wird dabei nicht unterschieden, ob jene Anstalten die bessere Kultur des Waldes bezweckten oder andere Ziele verfolgten.

Die Bestimmungen der §§ 226 ff., 89, 90, 103 und 105 A.L.R. I. 22 weichen allerdings von dem Grundsatz, daß der Servitutberechtigte dem Eigenthümer stets vorgehe, für den Fall ab, wenn jenem eine unbestimmte Weide- oder Holzgerechtigkeit eingeräumt ist, indem angenommen wird, daß nach der Willensmeinung der Kontrahenten beide Theile ein gleiches Recht auf Befriedigung ihrer wirthschaftlichen Bedürfnisse haben sollten, und daß daher bei eintretender Unzulänglichkeit sich jeder eine verhältnißmäßige Beschrän-

kung gefallen lassen müsse. Man hat aber keineswegs die Absicht gehabt, hiermit etwas von den römischen Grundsätzen Abweichendes anzuordnen. Vielmehr ist man nur der am Ende des vorigen Jahrhunderts herrschenden gemeinrechtlichen Theorie gefolgt, welche bei unbestimmten Servituten eine solche Gleichstellung des Eigenthümers und des Servitutberechtigten aus lex 13 D. communia praed. (8, 4) und lex 6 C. de servit. (III. 34) herleitete. Die Haltlosigkeit dieser Ansicht ist jetzt allgemein anerkannt — vgl. Puchta, Pandekten § 178 Note n — Windscheid, § 209 Note 13 und Vangerow, § 340 Anm. 2 Nr. 4. — Der Begriff eines unbestimmten Servitutrechts war den römischen Juristen fremd, da in Ermangelung bestimmter Festsetzungen der Umfang der Berechtigung stets durch das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks bestimmt war, wie ja derselbe auch nach preußischem Recht bei der Weidegerechtigkeit nach der Anzahl der auf dem herrschenden Grundstück durchzuwinternden Stücke Vieh (Tit. 22 § 90) und bei der Holzgerechtigkeit nach § 203 eod. nach dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks bemessen wird. Ein seinem Umfang nach unbestimmtes Recht ist überhaupt kein Recht. Es kann im einzelnen Fall zweifelhaft sein, wie weit das Recht des Servitutberechtigten gehen solle, und das muß dann Gegenstand thatsächlicher Feststellung sein. Mit dem festgestellten Recht aber geht der Servitutberechtigte dem Eigenthümer unter allen Umständen vor, weil dieser sein Eigenthum so weit beschränkt hat.

Uebrigens ist die Prävalenz des Servitutrechts vor dem Eigenthum auch in den §§ 226 ff. ausdrücklich dadurch anerkannt, daß der Eigenthümer vor Befriedigung des Servitutberechtigten kein Holz aus dem Walde verkaufen darf, daß er demselben jedenfalls nachstehen und ihn entschädigen muß, wenn er die Unzulänglichkeit verschuldet hat, und daß der Berechtigte den Eigenthümer zur ordnungsmäßigen Kultur des Waldes und zur Wiederanpflanzung sogar der durch Zufall untergegangenen Holzarten anhalten kann.

Daß der § 27 des Kulturedikts vom 14. September 1811:

> „In Absicht der Waldweide ist unser Wille, daß dabei die allgemeine gesetzliche Vorschrift, nach welcher die Ausübung der Servituten die eigentliche Bestimmung der damit belasteten Grundstücke nicht hindern darf, zur vollen Anwendung kommen soll." —

diese Grundsätze habe modifiziren und namentlich die Vorschriften der §§ 17 und 18 A.L.R. I. 19 für alle Waldservituten habe abändern wollen, kann nicht zugegeben werden. Diese Bestimmung spricht nur von der Waldweide, und ihr eigener Wortlaut ergiebt, daß sie überhaupt kein neues Recht einführen, sondern nur die Mißbräuche beseitigen wollte, welche sich aus Nachsicht und Nachlässigkeit gegen die bestehenden gesetzlichen Vorschriften eingeschlichen haben. Das ergiebt auch klar der § 28 eod., in welchem nur die Bestimmung des § 173 A.L.R. I. 22 modifizirt wird. Es ist daher nicht erfindlich, wie aus den Vorschriften des Kulturedikts die Aufhebung der Grundprinzipien der Servitutenlehre und der mit denselben im Widerspruch stehende Satz hergeleitet werden kann, daß ein Holzberechtigter sich ohne Weiteres gefallen lassen müsse, daß an Stelle einer Forstwirthschaftsart, welche ihm volle Befriedigung seines Bedürfnisses in bestimmten Holzabgängen gewährte, eine andere eingeführt werde, welche sein Recht wesentlich beschränkt. Nach § 4 desselben Kulturedikts steht den Eigenthümern von Waldungen deren Behandlung nach Gutdünken vielmehr nur so weit zu, als ihnen Verträge mit einem Dritten oder Berechtigungen Anderer nicht entgegenstehen. Diese Beschränkung liegt aber gerade vor, wenn der Eigenthümer den Servitutberechtigten auf Holzabgänge angewiesen hat, welche eine bestimmte Bewirthschaftungsart liefert.

Wenn auch zugegeben werden kann, daß von dem A.L.R. und den späteren Kulturgesetzen die Schlagwirthschaft als die zweckmäßigste anerkannt ist, und daß die Fortdauer der Fehmelwirthschaft den allgemeinen Kulturinteressen zuwiderlaufe, so folgt doch daraus immer nur, daß der Waldeigenthümer auf Ablösung der ihn in der freien Disposition über sein Eigenthum hindernden Servitut antragen kann, keineswegs aber, daß er berechtigt ist, dieselbe als nicht bestehend zu behandeln. Aber selbst wenn man so weit gehen wollte, den Servitutberechtigten für verpflichtet zu erachten, sich die Einführung der neuen Bewirthschaftungsart gefallen zu lassen, also sein Recht ganz oder theilweise aufzugeben, so ist doch nicht der entfernteste Grund erfindlich, weshalb er sein gutes Recht zum Vortheil des Eigenthümers und im Interesse der allgemeinen Landeskultur ohne jede Entschädigung aufzuopfern verbunden sein sollte. Daß ein so exorbitanter Rechtssatz in den Gesetzen nirgends ausdrücklich ausge-

sprochen ist, wird wohl allgemein zugegeben werden. Aus der Natur der Sache und den sonstigen im A.L.R. ausgesprochenen Prinzipien folgt vielmehr ganz evident das Gegentheil.

Man wird wohl nicht behaupten können, daß die Umwandlung der bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts allgemein üblich gewordenen Fehmelwirthschaft in die Schlagwirthschaft zur Erhaltung des Waldes absolut nothwendig sei, und daß beim Fortbestand jener der Wald seine eigentliche Bestimmung gar nicht mehr erfüllen könne. Vielmehr handelt es sich dabei lediglich um eine Verbesserung des Waldes und eine Erhöhung seiner Ertragsfähigkeit. Solche liegt nun allerdings auch in der Pflicht eines guten Hausvaters und Staatsbürgers, aber die Erzielung einer höheren Ertragsfähigkeit des Waldes fördert doch in erster Linie die Interessen des Eigenthümers selbst, und es liegt sicherlich nicht in der Pflicht eines guten Staatsbürgers, diesen durch Verletzung wohlbegründeter Rechte Dritter zu dienen und sich mit dem Schaden der Servitutberechtigten zu bereichern, was doch unzweifelhaft geschähe, wenn der Waldeigenthümer durch Einführung einer anderen Waldkultur die Servitutrechte ganz oder zum Theil beseitigte, ohne Entschädigung dafür zu gewähren.

Wenn Gewicht darauf gelegt wird, daß man die Einführung einer von der Forstwissenschaft als zweckmäßig anerkannten Forstwirthschaft nicht als Schuld im Sinne des § 233 A.L.R. I. 22 auffassen könne, so ist dagegen zu erinnern, daß auch die an sich löblichsten Handlungen widerrechtlich sind, wenn wohlbegründete Rechte Dritter dadurch verletzt werden, und daß hier das Unrecht nicht in der Verbesserung des Waldes, sondern darin zu finden ist, daß der Eigenthümer die Rechte des Servitutberechtigten ignorirt und sich seiner Entschädigungspflicht zu entziehen sucht. Uebrigens ist auch eine culpa nicht der einzige Rechtsgrund, der einen dem Berechtigten als Verpflichteter Gegenüberstehenden zur Leistung einer Entschädigung verbindet, wenn jener sein Recht auszuüben verhindert wird. Der Ausdruck „Schuld“ im § 233 dürfte auch, wie der Zusammenhang ergiebt, nicht in dem technischen Sinne eines vertretbaren Versehens aufzufassen sein, sondern vielmehr nur den Gegensatz gegen einen durch die Natur oder höhere Gewalt herbeigeführten Zufall bilden, also nicht bloß ein Versehen, sondern auch überhaupt eine freie und willkürliche Handlung bezeichnen, wenn die-

selbe auch als eine erlaubte aufzufassen ist. Wie aus §§ 231, 232 hervorgeht, ist nämlich der Eigenthümer des Waldes verpflichtet, die durch bloßen Zufall ausgegangene Holzart, auf welche der Servitutberechtigte angewiesen ist, wieder anzupflanzen, also Sorge zu tragen, daß derselbe wenigstens in Zukunft wieder zu seinem Rechte komme. Den Verlust der Zwischenzeit muß er selbstverständlich tragen, wenn der Mangel durch einen Zufall herbeigeführt ist, und ebenso selbstverständlich kann er Entschädigung fordern, wenn derselbe durch den Eigenthümer verschuldet ist. War er eine Folge an sich erlaubter Handlungen des Eigenthümers, so wird zu unterscheiden sein, ob sie zur Erhaltung des Waldes nothwendig waren oder lediglich dessen Verbesserung bezweckten. Nur im ersten Fall tragen sie den Karakter der Nothwendigkeit an sich, im letzteren aber den der Willkürlichkeit und fallen unter den Begriff der Anstalten und Vorkehrungen, deren § 225 A.L.R. I. 22 gedenkt und an welche derselbe die Verpflichtung zur Entschädigung knüpft, ohne zu unterscheiden, ob es sich um erlaubte oder unerlaubte Anstalten handelt. Auch aus §§ 37 und 103 A.L.R. I. 22 geht hervor, daß der Gesetzgeber die Beschränkung oder den Verlust der Servitut ohne Entschädigung nur an solche Veränderungen des dienenden Grundstücks knüpft, welche auf Zufall oder höherer Gewalt beruhen. Daraus folgt, daß freie Handlungen, welche solchen Erfolg herbeiführen, unzulässig sind oder, wenn sie im Interesse der Forstkultur gestattet werden, sich als eine Expropriation des Servitutberechtigten karakterisiren, welche diesen nach den allgemeinen Grundsätzen des § 75 der Einleitung und § 31 A.L.R. I. 8 zu einem Entschädigungsanspruch berechtigen.

Aus den §§ 80 und 213 A.L.R. I. 22 und dem § 27 des Kulturedikts vom 14. September 1811, auf welche Bestimmungen sich das Präjudiz Nr. 1836 hauptsächlich stützt, läßt sich nichts weiter herleiten, als daß sich der Servitutberechtigte die zur Erhaltung des Waldes nothwendigen forstwirthschaftlichen Maßregeln gefallen lassen und den forstpolizeilichen Verordnungen unterwerfen muß. Eine ganz andere Frage aber ist die, ob er auch die Umwandlung der zur Zeit der Konstituirung seines Rechts üblichen Bewirthschaftungsart, welche ihm die volle Befriedigung seiner Bedürfnisse sicherte, und eine andre dulden müsse, welche die Ausübung seines Rechts wesentlich beschränkt oder ganz vereitelt. Diese ist nach allgemeinen Rechtsprinzipien zu verneinen, und selbst wenn man aus

den Gesetzen ihre Bejahung herleiten könnte, so würde darin doch immer ein Eingriff in ein jus quaesitum im allgemeinen Interesse liegen, für den der Eigenthümer, welchem der Vortheil zu Gute kommt, zur Entschädigungsleistung verpflichtet sein würde.

Dem entsprechend hat denn auch das Ober-Tribunal in derselben Forstablösungssache angenommen, daß zwar der Laubstreuberechtigte gegen die Umwandlung der Laubwälder in Nadelwälder, wenn diese einer rationellen Forstwirthschaft entspreche, nichts einwenden dürfe, daß er aber dann seinen Bedarf an Streu aus den Nadeln entnehmen oder Entschädigung beanspruchen könne. Warum andere Grundsätze gelten sollen, wenn eine ganz neue Forstwirthschaftsart den Holzungsberechtigten in der Befriedigung seiner Bedürfnisse beschränkt, ist nicht erfindlich.

---

## Nr. 13.

## Wird nach preußischem Recht die väterliche Gewalt über einen Großjährigen durch den ohne Vorwissen des Vaters begonnenen Betrieb eines eigenen Gewerbes aufgehoben?

Unter wesentlicher Benutzung eines Urtheils des früheren Reichs-Oberhandelsgerichts mitgetheilt von einem Mitgliede dieses Gerichtshofes.

---

In der Judikatur der obersten Gerichtshöfe ist die Frage verschieden beantwortet worden:

> ob nach den Bestimmungen des preußischen Allgemeinen Landrechts durch die nackte Thatsache für sich allein, daß ein Großjähriger den Betrieb eines eigenen Gewerbes wirklich begonnen habe, die bis zu diesem Beginne über den Gewerbtreibenden bestandene väterliche Gewalt aufgehoben werde, ohne Rücksicht darauf, ob der Gewerbebetrieb mit Vorwissen des Vaters angefangen sei, oder nicht? —

Das Reichs-Oberhandelsgericht, zweiter Senat, hat in dem Erkenntnisse vom 21. Oktober 1871, Entscheidungen Bd. 3 Nr. 74, sich dahin entschieden, daß jene nackte Thatsache für sich allein nicht hinreiche, die väterliche Gewalt aufzuheben, daß vielmehr das Unterlassen der Bethätigung des in gesetzlicher Form und Substanziirung dem (nur durch sein Vorwissen, oder Wissen, jener Thatsache zu

einer solchen Bethätigung befähigten) Vater zustehenden Widerspruchsrechts sich mit der Existenz jener Thatsache verknüpfen müsse, um der letzteren die aufhebende Rechtswirkung in Bezug auf die väterliche Gewalt zu verleihen. —

Von den Senaten des preußischen Ober-Tribunals hat, soweit die veröffentlichten Entscheidungen Auskunft geben, nur der vierte Senat sich mit Erörterung dieser Frage befaßt und dieselbe verschieden beantwortet, nämlich in zwei Entscheidungen

1) vom 19. Oktober 1854 (abgedruckt in Striethorst's Archiv Bd. 15 Nr. 31 S. 139—145),
2) vom 10. Juni 1856 (abgedruckt in Striethorst's Archiv Bd. 21 Nr. 67 S. 268—271),

in denen beiden allerdings die Entscheidung des praktischen Streitfalles die Beantwortung jener Frage als Dezisiv-Grund nicht nothwendig erforderte, indessen ihre Beantwortung ganz deutlich erfolgt ist, in Uebereinstimmung mit demjenigen Grundsatze, welcher in der obenerwähnten Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts sanktionirt ist; dagegen in der Entscheidung vom 24. Januar 1865 (abgedruckt in Striethorst's Archiv Bd. 58 Nr. 23 S. 117—120), bei welcher die Beantwortung der Frage ein nothwendiges Moment des richterlichen Urtheils über den zu entscheidenden Nichtigkeits-Angriff bildete, dahin, daß der Betrieb eines eigenen Gewerbes durch einen großjährigen Sohn (ohne Hinzutreten irgend eines weiteren Momentes) die Entlassung aus der väterlichen Gewalt bewirke. Es wird in der letzterwähnten Entscheidung hervorgehoben, daß die frühere Entscheidung vom 19. Oktober 1854 einen anders gearteten Fall zum Gegenstande gehabt habe. Nicht in Betracht gezogen sind die frühere Entscheidung vom 10. Juni 1856 und der (in derselben ausdrücklich als eine Anwendung des in dem § 212a A.L.R. II. 2 verordneten Prinzips auf eine spezielle Art des gewerblichen Betriebes klargelegte) § 478 A.L.R. II. 8, welcher lautet:

„Ein Großjähriger, welcher mit Vorwissen seines noch am Leben befindlichen Vaters, und ohne dessen ausdrücklich erklärten Widerspruch kaufmännische Geschäfte zu betreiben anfängt, geht eben dadurch aus der väterlichen Gewalt (Titel 2 § 212, 218). —"

In der Doktrin des preußischen Rechts stehen L. E. W. Schmidt (in dem preußischen Familienrecht 1843, vergl. S. 512 und 520),

Temme (in seinem Lehrbuche des preußischen Civilrechts 1846 zweite Ausgabe Bd. II. S. 95), Koch (in den Anmerkungen seines Kommentars zu den §§ 213 und 225 A.L.R. II. 2) entschieden auf dem Standpunkte der Entscheidung des vierten Senats des preußischen Ober-Tribunals vom 24. Januar 1865, Bornemann (in seiner systematischen Darstellung des preußischen Civilrechts, 2. Ausgabe, Bd. V. S. 300—311) und Stoelzel (in seinem Aufsatze über das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen) sprechen sich nicht bestimmt aus, sie geben die Gesetzesworte wieder. Auch Foersters Ansicht tritt nicht scharf hervor. Derselbe faßt den Betrieb des eigenen Gewerbes als ein Kriterium für das Dasein einer abgesonderten Wirthschaft auf und bemerkt:

1) (im Wesentlichen mit den Worten des Gesetzes):

„Wo nachweisbar die Berufsarbeit dem Sohne möglich macht, ohne Unterstützung des Vaters zu leben, da muß der Vater die Uebernahme einer solchen Beschäftigung gestatten, und ihn dadurch aus seiner väterlichen Gewalt entlassen."

2) an einer anderen Stelle:

„Wenn ein Sohn nach erlangter Großjährigkeit eine eigene von den Eltern abgesonderte Wirthschaft errichtet, so geht er dadurch aus der väterlichen Gewalt; also nur ein großjähriger Sohn und ohne daß es einer ausdrücklichen Einwilligung des Vaters bedarf. Der Vater darf zwar bei Gericht widersprechen; aber der Widerspruch muß durch Gründe getragen sein, welche hinreichen, den Sohn für einen Verschwender zu erklären."

(Vgl. Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, 3. Aufl. Bd. III. § 224 S. 623 und 625).

Abstrahirt man von dem gegebenen Gesetz, so ist zuzugeben, daß der Grundsatz der wirthschaftlichen Selbständigkeit des großjährigen Sohnes, oder doch seiner Selbstbestimmung in dieser Beziehung bei den wirthschaftlichen, sozialen, den Verkehrs- und Bildungs-Verhältnissen der Gegenwart den Vorzug verdient; daß dieser Grundsatz in der gegenwärtigen Lehre des gemeinen deutschen Rechts allgemein anerkannt ist; daß derselbe in allen gegenwärtigen Bestandtheilen Preußens, in denen das preußische Allg. Landrecht nicht Gesetzeskraft hat, und ebenso in den Gebieten der sonstigen Mitglied-Staaten des Deutschen Reiches gilt, in den Bezirken des ursprünglich französischen Rechts und in Hamburg in der reinsten

Form, daß mit der Großjährigkeit des Sohnes die väterliche Gewalt von selbst aufhört. Es waren daher in dem Entwurf eines besonderen Gesetzes über den Austritt der Kinder aus der väterlichen Gewalt, welcher im Jahre 1874 in dem preußischen Justizministerium vorbereitet war, für Preußen allgemein die erreichte Großjährigkeit, die Großjährigkeits-Erklärung und die Verheirathung als Arten der Beendigung der väterlichen Gewalt in Aussicht genommen. Dieser Entwurf ist indessen der Volks- und Landes-Vertretung nicht vorgelegt. — In einer am 10. Oktober 1878 auf Richtigkeits-Beschwerde ausgeurtheilten Wechselprozeßsache ist die gekennzeichnete Frage von Neuem durch den dritten Senat des Reichs-Oberhandelsgerichts geprüft und aus folgenden Erwägungen beschlossen worden, bei dem in der bisherigen Rechtsprechung des Reichs-Oberhandelsgerichts sanktionirten Grundsatze zu beharren.

Wenn man die einschlagenden Normen des preußischen Allg. Landrechts unter eingehender Erwägung seiner geschichtlichen Voraussetzung, seiner speziellen Entstehungsgeschichte und aller seiner einzelnen Bestimmungen in ihrer gegenseitigen Beziehung auslegt, so erweist sich, daß die gegenwärtig zeitgemäßen Grundsätze über die Aufhebung der väterlichen Gewalt über großjährige Söhne durch Errichtung einer von der elterlichen abgesonderten Wirthschaft oder den Betrieb eines eigenen Gewerbes seitens dieser Söhne von dem preußischen Gesetzgeber in jenem Landrechte nicht sanktionirt sind; wie dieselben denn auch zur Zeit der Kodifikation jenes Gesetzbuches weder in der Doktrin und Judikatur als gemeines deutsches Recht zu allgemeiner Anerkennung durchgedrungen noch nach den damals einflußreichen Auffassungen des Naturrechts als dem Wesen des Rechtsverhältnisses begrifflich entsprechend angesehen wurden.

Die sächsischen Juristen allerdings vertheidigten diese Grundsätze nicht nur als chursächsisches (durch die Konstitution vom 21. April 1572 bestimmtes), sondern auch als gemeines Recht; aber Samuel Stryk, dessen Werke in dem vorigen Jahrhundert sehr geschätzt wurden, lehrt in seinem specimen usus moderni Pandectarum (welches im Jahre 1749 in neunter Auflage erschien) im § XX. tit. VII. de adoptionibus et emancipationibus in Bezug auf die emancipatio per separatam oeconomiam:

Verum an ad hoc consensu patris opus erit?

Negat hoc Mollerus ad d. const. 10 num. 9 ubi et invito

patre discedendi licentiam liberis indulget, cui assentitur Carpz. P. 2 C. 10 def. 1 num. 4.

Sed contrarium verius existimo.

Non enim, hodie hoc penitus sublatum esse, dicendum est, quod habetur in § ult. Just. quib. mod. patr. pot. toll. scil. nullo pene casu liberos posse compellere parentes, de potestate sua eos dimittere.

Quotidie enim metuendum parenti, ut liberi puberes, quibus forte non ignota bonorum maternorum quantitas, ad libertatem provocent et ita obsequio paterno se eximant.

Quare ita hoc temperandum, sicuti filius nec hodie invito patre nuptias contrahit; nec tamen, ut contrahat sine justissima causa prohiberi potest. Ita pariter, si separatam oeconomiam instituere velit, consensum patris adhibebit, vel expressum vel tacitum, juxta Nov. Leon. 25 in. fin., ne huic invito usumfructum bonorum adventitiorum auferat, quod per separationem hodie contingit. Carpz. P. 2 C. 10 def. 5.

Si tamen pater in separationem consentire nolit, res ad judicem referenda, ut ille arbitretur, an pater justas contradicendi causas habeat an non; et ita vel pro separatione pronunciet, vel filium ad ulteriora obsequia adigat. Et ad hoc arbitrium judicis recurrit ipse Moller. cit. loc.

Dieselben Grundsätze lehrt der brandenburgische Hofrath und ordentliche öffentliche Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen Dr. August Ludwig Schott im § 193 (nicht, wie oft irrig zitirt wird, 192) seiner im Jahre 1786 erschienenen Einleitung in das Eherecht, während der churfürstlich-sächsische Appellations-Rath Hannß Ernst von Globig (in seiner in Veranlassung einer durch die Akademie der Wissenschaften zu Berlin im Jahre 1786 ausgeschriebenen Preisaufgabe im Jahre 1789 veröffentlichten Schrift „über die Gründe und Grenzen der väterlichen Gewalt") die Frage nach dem Stande der Natur betrachtend, zu dem Ergebnisse kommt (S. 119—122):

Der Sohn erlangt mit der bürgerlichen Volljährigkeit das Recht, als ein freies Glied des Staats aufgenommen zu werden.

Das Gesetz muß dann präsumiren, daß die Eltern demselben allen Unterricht ertheilt, dessen er zur Verwaltung seines Ver-

mögens und zu seinem Fortkommen bedarf. Sobald er dazu eine schickliche Gelegenheit findet, so ist kein Grund mehr vorhanden, die väterliche Gewalt und Vormundschaft noch weiter hinauszusetzen, ja es liegt vielmehr dem Staate daran, daß die Vormundschaft seiner Bürger nicht ohne Noth verlängert und nicht dadurch der Betriebsamkeit, der Freiheit im Handel und Wandel unnöthige Fesseln angelegt werden. Aber der erste wichtige Schritt, wodurch jeder volljährige Bürger einen eigenen unabhängigen Lebenswandel anfängt (es sei durch Heirath oder sonst durch Ergreifung eines Gewerbes) kann nicht ganz von dessen Willkür abhängen. Es ist rathsam, hierzu noch die Einwilligung der Eltern . . . zu fordern. . . . . Dieser erste Schritt bestimmt fast allemal das Schicksal seines ganzen übrigen Lebens. Bei den Eltern kommt noch der wichtige Grund hinzu, daß das Gesetz präsumiren muß, der Sohn habe die Mittel zu seiner neuen Einrichtung von ihnen erhalten oder doch wenigstens durch den von ihnen genossenen Unterricht erworben. Die Volljährigkeit berechtiget also nur den Sohn, bei jeder schicklichen Gelegenheit zu verlangen, daß ihm der Weg zur eigenen Haushaltung, zum Leben eines freien Bürgers eröffnet werde, aber diese Bahn darf er nicht ungefragter Weise betreten . . . . . .

so lange er noch bei selbigen (scil. den Eltern) verweilet (entweder weil ihm Mittel und Gelegenheit zur Versorgung fehlen, oder weil die Eltern und der Magistrat den Weg, welchen er gehen will, nicht gut heißen), so lange muß auch die Verwaltung seines . . . . . Eigenthums und dessen Nutzung noch den Eltern verbleiben. —

In dem ersten schriftlichen Entwurfe zum preußischen Gesetzbuche war vorgeschlagen, daß die väterliche Gewalt (außer den Fällen, wo sie dem Vater von Amtswegen zu entreißen wäre) nur durch ausdrückliche Emanzipation aufhören dürfe, welche bei Minderjährigen einer obrigkeitlichen Prüfung und gesetzlichen Beschränkungen unterliegen solle, während Volljährige wegen verweigerter Emanzipation summarisches rechtliches Gehör gegen den Vater finden sollten. Söhne, welche ihre Qualifikation zur selbständigen Ernährung nachweisen könnten, sollten zwar den Nießbrauch ihres Vermögens und in subsidium von dem dazu vermögenden Vater Ausstattung

fordern dürfen, auch in ihren Berufs- und Gewerbs-Geschäften als selbständig gelten. Die Verwaltung des Kindervermögens sollte aber der Vater behalten, dem Sohne die Einkünfte verabfolgen oder zu Kapital anlegen.

Dieses künstliche System fand in der Gesetzgebungs-Kommission Widerspruch und bemerkte Suarez über dasselbe:

> Meiner Meinung nach ist der Satz, daß per separatam oeconomiam bei dem Sohne die väterliche Gewalt nicht aufhören solle, bedenklich. Man kann sich unmöglich entbrechen, dieselben insoweit, als sie ein eigenes Gewerbe treiben oder eine Bedienung verwalten, als homines sui juris zu betrachten, und dies ist auch wirklich verordnet (nämlich in dem Entwurfe).
> Nun muß es aber nothwendig zu Unordnungen, Ungewißheiten und Prozessen Anlaß geben, wenn derselbe Mensch in einem Verhältnisse sui juris ist und in einem anderen sub aliena potestate steht.
>
> Ich würde folgende Theorie vorschlagen:
> Sobald der Sohn mit Einwilligung des Vaters ein eigenes Gewerbe anfängt oder ein Amt übernimmt, von dessen Einkünften er eine eigene Wirthschaft unterhalten kann, hört die väterliche Gewalt auf. So lange der Sohn noch minderjährig ist, kann er wider des Vaters Willen keine besondere Wirthschaft anstellen; nach erlangter Volljährigkeit kann der Vater diese Einwilligung nicht ohne erhebliche Gründe versagen, worüber dem Sohne rechtliches Gehör zu verstatten.

Suarez erfordert also hier, wo er seine Grundgedanken geschlossen formulirt, für das Aufhören der väterlichen Gewalt durch Anfangen eines eigenen Gewerbes ganz scharf auch bei dem volljährigen Sohne die Einwilligung des Vaters; wenngleich der Vater (auf Antrag des volljährigen Sohnes) von dem Gerichte zur Einwilligung gezwungen werden soll, wenn er seine Weigerung nicht auf beachtliche Gründe stützt. —

Nach diesen Grundsätzen sind die Bestimmungen der §§ 154 bis 157 Th. I. Tit. 2 Abschn. 4 des gedruckten Entwurfs dahin ausgearbeitet:

§ 154. „Wenn der Sohn ein eigenes, von dem Vater unabhängiges Gewerbe anfängt, durch welches er sich ohne fernere väter-

liche Unterstützung den standesmäßigen Unterhalt verschaffen kann, so geht er dadurch aus der väterlichen Gewalt."

Es ist sehr wichtig, darauf zu achten, daß im Entwurf, in welchem (nach seiner Entstehung) die unbedingte Nothwendigkeit der Einwilligung des Vaters für den zur Aufhebung der väterlichen Gewalt geeigneten Gewerbebetrieb entschieden anerkannt sein sollte, doch der § 154 dieser Einwilligung nicht erwähnt; dieser Paragraph vielmehr ebenso apodiktisch gefaßt ist, wie die §§ 210, 212a A.L.R. II. 2, so daß das aus der apodiktischen Fassung dieser beiden Paragraphen des Landrechts hergeleitete Argument für die Unwesentlichkeit der Berücksichtigung des väterlichen Willens sich abschwächt, und man darauf hingewiesen wird, daß, wie im Entwurfe die Nothwendigkeit der Rücksichtnahme auf den Willen des Vaters in den §§ 157—160 a. a. O. zum Ausdrucke kommt, so ganz dasselbe im preußischen A.L.R. in den §§ 211 und 213 a. a. O. der Fall ist.

§ 155. Ein gleiches geschieht, wenn er ein Amt übernimmt, von dessen Einkünften er eine eigene Wirthschaft unterhalten kann.

§ 156. So lange der Sohn noch minderjährig ist, kann er ohne des Vaters Einwilligung keine abgesonderte Wirthschaft anstellen.

§ 157. Nach erlangter Volljährigkeit kann ihm der Vater seine Einwilligung dazu ohne erhebliche Gründe nicht versagen.

§ 158. Für erheblich ist die Weigerung zu achten, wenn schwache Verstandeskräfte des Sohnes, oder dessen unordentliches, verschwenderisches oder sonst leichtsinniges Betragen es bedenklich machen, ihm die Führung einer eigenen Wirthschaft zu überlassen.

§ 159. Entsteht ein Streit darüber, so muß das vormundschaftliche Gericht solchen (ohne Zulassung eines förmlichen Prozesses) mit Zuziehung der nächsten Verwandten, oder, in deren Ermangelung, zweier Standes- oder Zunftgenossen des Vaters, von bekannter Einsicht und Redlichkeit, schlichten.

§ 160. Will einer oder der andere Theil sich dabei nicht beruhigen, so muß nach der Anweisung des Ersten Buches Part. II. Tit. XV §§ 5, 6 verfahren werden.

Dieses Erste Buch war das Corpus juris Fridericianum I. Buch „von der Prozeß-Ordnung". In dessen zweitem Theile „von Un-

tergerichts- und summarischen Prozessen", im fünfzehnten Titel „von vormundschaftlichen Prozessen" ist in den §§ 5 und 6 verordnet, daß, wenn ein Provokant sich bei einer Resolution des Vormundschaftsgerichts nicht beruhigen will, er entweder gleich bei der Publikation oder spätestens zehn Tage nachher einen motivirten Rekurs zu Protokoll zu geben habe, auf welchen durch dasjenige Kollegium, an welches von den Gerichten des Orts die ordinären Appellationen in Prozeßsachen verwiesen seien, ebenfalls (und zwar definitiv) per modum resolutionis entschieden werden solle.

Verbindet man die Bemerkungen des Suarez über seine Theorie mit den (offenbar dieselben ausprägenden) Bestimmungen des Entwurfes, so ist es unbedenklich, daß hier das Anfangen des eigenen Gewerbes, durch welches der Sohn sich ohne väterliche Unterstützung den standesmäßigen Unterhalt verschaffen kann, als eine Unterart der separata oeconomia aufgefaßt ist, auf welche Unterart sich ebenfalls die §§ 155—160 beziehen.

In dem Allgemeinen Gesetzbuche für die preußischen Staaten (welches durch Patent vom 20. März 1791 publizirt wurde und von dem 1. Juni 1792 an Gesetzeskraft erhalten sollte), lauten im Thl. II Tit. 2 die §§ 210—227, welche „von Aufhebung der väterlichen Gewalt" handeln, wörtlich so, wie die gleichen §§ desselben Titels in demselben Theile des A.L.R. für die preußischen Staaten, welches am 1. Juni 1794 in Gesetzeskraft trat.

Im Verhältniß zum gedruckten Entwurfe ist die Materie im Einzelnen mehr durchgearbeitet und präzisirt, namentlich sind die Grundsätze in Bezug auf die Aufhebung der väterlichen Gewalt bei einem großjährigen Sohne in den §§ 210—213 (gesondert von den Grundsätzen dieser Aufhebung bei einem minderjährigen Sohne in den §§ 214—227) geregelt. Die Normen der Aufhebung bei dem großjährigen Sohne lauten wörtlich:

§ 210. Wenn ein Sohn nach erlangter Großjährigkeit eine eigene, von den Eltern abgesonderte Wirthschaft errichtet, so geht er dadurch aus der väterlichen Gewalt.

§ 211. Wenn der Vater ihn aus seiner Gewalt nicht entlassen will, so muß er seinen Widerspruch gerichtlich anzeigen und Gründe dazu beibringen, welche hinreichen, den Sohn für einen Verschwender zu erklären.

§ 212a. Wenn ein großjähriger Sohn ein eigenes Gewerbe treibt oder

ein öffentliches Amt bekleidet, so ist er für entlassen aus der väterlichen Gewalt anzusehen.

§ 212b. Die fortwährende Unterstützung von Seiten des Vaters durch Gebung des Tisches und sonst macht keinen Unterschied.

§ 213. Einem großjährigen Sohne, welcher sich mit seinem Gewerbe ohne weitere Unterstützung des Vaters ernähren kann, ist letzterer die Anstellung eines solchen Gewerbes zu verstatten und ihn dadurch aus seiner Gewalt zu entlassen verbunden.

Damit ist noch zu verknüpfen der

§ 232. Söhne, welche eine abgesonderte Wirthschaft anfangen, müssen zu deren ersten Einrichtung und zur Anschaffung der Geräthschaften, welche zum Betriebe ihres Gewerbes unentbehrlich sind, mit einer Ausstattung versehen werden.

und der § 478 Thl. II Tit. 8 des Allgem. Gesetzbuches (resp. des preußischen A.L.R.)

„Ein Großjähriger, welcher mit Vorwissen seines noch am Leben befindlichen Vaters, und ohne dessen ausdrücklich erklärten Widerspruch, kaufmännische Geschäfte zu betreiben anfängt, geht eben dadurch aus der väterlichen Gewalt (Tit. 2 §§ 212, 218)."

Bei diesem § 478 erklärt sich das Allegat des § 218 daraus, daß in dem ursprünglichen Manuskript des allg. Gesetzbuches dieser Paragraph (als 479) allgemein dahin gefaßt war:

„Wer mit Vorwissen seines noch am Leben befindlichen Vaters u. s. w."

während bei der schließlichen Fassung, welche als § 478 in das allg. Gesetzbuch (und unverändert in das A.L.R.) überging, das Anfangswort „Wer" in die Worte „Ein Großjähriger, welcher" umgeändert wurde, während das der allgemeinen früheren Fassung entsprechende Allegat des § 218 neben dem § 212 stehen blieb.

(Vgl. die Juristische Wochenschrift 1836 S. 696 ff.)

Betrachtet man diese Bestimmungen zunächst für sich und außerdem (vorläufig) nur im Zusammenhange mit dem gedruckten Entwurf und den Prinzipien, welche Suarez während ihrer Entstehung als die seinigen bekannt hatte, bei adminikulirender Berücksichtigung der damals (wie im Eingange dieser Ausführung klargelegt ist) in der Literatur (als vernünftig und auch nach bisherigen Rechten geltend) vertheidigten Grundsätze, so ergiebt sich folgende Auffassung derselben.

Bei der Aufhebung der väterlichen Gewalt über einen volljährigen Sohn sind zu berücksichtigen das Recht und Interesse des Vaters, des Sohnes, des Staates und gemeinen Wohles.

Letzteres entscheidet allein bei der Uebernahme eines öffentlichen Amtes. Deswegen darf der Vater dieser Uebernahme gar keinen Widerspruch entgegensetzen; auch erfordert die Würde des Amtes, daß dessen volljähriger Träger in jeder Beziehung als selbständig gelte, wenngleich der Vater ihn fortwährend durch Gebung des Tisches und sonst unterstützen mag.

Bei den übrigen Aufhebungsgründen tritt dieser Gesichtspunkt nicht so entschieden hervor. Mit Rücksicht auf die wichtigen eigenen Vermögensrechte des Vaters und die bei ihm anzunehmende Fürsorge für das wahre Wohl des Kindes soll bei diesen Aufhebungsgründen der Wille des Vaters nicht außer Betracht bleiben; indessen soll der Vater nicht etwa (aus Eigennutz oder Eigensinn) seinen Willen gegen den Willen des Sohnes zum Nachtheil des wahren Interesse des letzteren und des Volksvermögens durchsetzen dürfen. Der Vater soll daher dem Sohne die Einrichtung einer von den Eltern abgesonderten Wirthschaft (welche im Allg. Gesetzbuche und dem A.L.R. nicht mehr Gattungsbegriff, sondern ein besonderes Moment neben dem eigenen Gewerbsbetriebe und der Bekleidung des öffentlichen Amtes geworden ist, so daß die beiden letzten Momente mit dem ersteren verbunden sein können, aber nicht sein müssen), nur dann verwehren dürfen, wenn er seinen Widerspruch auf Gründe zu stützen vermag, welche hinreichen würden, den Sohn für einen Verschwender zu erklären. Zum durchgreifenden Widerspruche gegen die Anstellung eines eigenen Gewerbes für sich (d. h. ohne Errichtung der abgesonderten Wirthschaft, bezüglich welcher das für sie normirte eigenthümliche Widerspruchsrecht jedenfalls gilt) genügt es, wenn der Vater klarlegen kann, daß der Sohn (selbst dann, wenn er nach § 232 mit einer Ausstattung zur Anschaffung der zum Betriebe des Gewerbes unentbehrlichen Geräthschaften versehen wäre) nicht im Stande sein würde, sich mit seinem Gewerbe ohne weitere Unterstützung des Vaters zu ernähren. Widerspricht der Vater (obwohl er dazu in der Lage ist) dem Beginn des eigenen Gewerbes nicht, so hört die väterliche Gewalt auf, wenn auch der Sohn sich mit seinem Gewerbe nur bei fortwährender Unterstützung des Vaters (durch Gebung des Tisches oder sonst) sollte ernähren können.

Die apodiktische Fassung der §§ 210, 212a steht dieser Auffassung (aus dem oben bei der Erörterung zu § 154 des gedruckten Entwurfs hervorgehobenen Gesichtspunkte) nicht entgegen. Die §§ 210 und 212a sind mit den §§ 211 und 213 in untrennbare Verbindung gesetzt, und letztere ergeben, daß die Aufhebung der väterlichen Gewalt auch bei dem großjährigen Sohne nicht ohne Rücksicht auf den väterlichen Willen erfolgen darf. Prägnant ist das in der Fassung des § 213 ausgeprägt, wo der väterliche Wille ausdrücklich für die Entlassung aus der Gewalt als ursachlich gesetzt ist.

Daß dem preußischen Gesetzgeber Nichts ferner gelegen hat, als die Ansicht, daß der Wille des Vaters nur zu berücksichtigen sei im Verhältnisse zu der bevorstehenden Errichtung der von den Eltern abgesonderten Wirthschaft oder dem bevorstehenden Beginne des eigenen Gewerbebetriebes, daß dagegen, wenn der pietätslose Sohn den Vater überliste oder vergewaltige und so wider den väterlichen Willen oder mit Umgehung der Möglichkeit des väterlichen Widerspruchs die vollendete Thatsache der Wirthschaftserrichtung oder des wirklichen Gewerbebetriebes verwirkliche, durch die nackte Thatsache, welche aus solchem rechtswidrigen Gebahren hervorging, der Vater seiner wohlerworbenen Vermögensrechte und seines väterlichen Rechts, auch für das wirkliche Wohl des Sohnes zu sorgen, beraubt werde, das spricht der preußische Gesetzgeber selbst mit klaren Worten aus in dem § 478 A.L.R. II. 8., nach welchem auch der großjährige Sohn durch den wirklichen Anfang des Betriebes kaufmännischer Geschäfte nur unter der Voraussetzung aus der väterlichen Gewalt gehen soll, daß der Anfang dieses Betriebes mit Vorwissen des Vaters und ohne dessen ausdrücklich erklärten Widerspruch in das Dasein getreten ist; eine Bestimmung, welche der Gesetzgeber wiederum selbst (durch das Allegat) als Ausfluß des § 212 A.L.R. II. 2 gekennzeichnet hat.

Daß dieser § 478 A.L.R. II. 8 gegenwärtig durch den Artikel 60 Nr. 1 des preußischen Einführungsgesetzes vom 24. Juni 1861 zum Allg. deutschen Handelsgesetzbuche aufgehoben worden ist, benimmt demselben nicht im Geringsten seinen Werth als Auslegungsmittel, d. h. als Mittel, den (das einheitliche Gesetzbuch, dessen lebendiges Glied jener § 478 gleichzeitig mit den §§ 210—213 A.L.R. II. 2 gewesen ist, beseelenden) Geist und Willen des Gesetzgebers klar zu erkennen.

Anfang eines besonderen Gewerbes für eigene Rechnung in Bezug auf die Entlassung aus der väterlichen Gewalt nur eine stillschweigende Entlassung ist. Dadurch unterscheidet sich dieser Fall von den in den §§ 219—223 geregelten Fällen, indem der minderjährige Sohn, selbst wenn er ein öffentliches Amt, auch zugleich eine besondere Wirthschaft anstellt, — (bei den Minderjährigen tritt hier der Gesichtspunkt des öffentlichen Rechts mit, durch die Vorschriften der §§ 221, 222 gegen zu große Unzuträglichkeiten schützenden, Modifikationen zurück), — oder der Vater ihm die Errichtung einer besonderen Wirthschaft aus seinem eigenen, oder dem Vermögen der Frau, ausdrücklich gestattet, nicht aus der väterlichen Gewalt geht, es vielmehr in diesen Fällen bei der Regel der ausdrücklichen Entlassungs-Erklärung, als solchen, in der oben gekennzeichneten Form verbleibt. Da durch diesen Zusammenhang sich die Fassung des § 218 in dem System der Normen über die Aufhebung der väterlichen Gewalt bei Minderjährigen motivirt, so ergiebt sich der oben als möglich hypothesirte Schluß a contrario in Bezug auf die für volljährige Söhne geltenden Normen als verfehlt.

Ebenso verfehlt wäre es, aus dem § 224 t. c.

„Wer also mit einem Minderjährigen, dessen Vater noch am Leben ist, sich einlassen will, muß sich überzeugen, daß derselbe entweder mit Einwilligung des Vaters ein besonderes Gewerbe für eigene Rechnung treibe, oder daß ihn der Vater ausdrücklich entlassen habe“

zu folgern, daß der Gesetzgeber dadurch angezeigt habe, daß es bei einem Volljährigen, welcher ein solches Gewerbe betreibe, auf den Willen des Vaters nicht ankommen solle. — Auch dieser Paragraph bildet gar keinen Gegensatz zu den §§ 210—213 t. c., sondern schließt (in der lehrhaften Weise des A.L.R.) die Normen der §§ 214—223 mit einer klaren Hervorhebung desjenigen für die Verkehrswelt ab, was in obiger Rechtsausführung betont ist, nämlich daß es nur zwei bestimmte Arten der Aufhebung der väterlichen Gewalt bei Minderjährigen gebe, daß man also nur dann bei dem Geschäftsverkehr mit minderjährigen Söhnen sicher gehe, wenn eine oder die andere Bedingung der Aufhebung der väterlichen Gewalt existent gewesen sei, daß man sich nicht dadurch in Sicherheit wiegen lassen solle, daß die betreffende minderjährige Person einen selbständigen Haushalt führe, der Vater auch etwa solches genehmigt

habe, und der Sohn etwa auch ein öffentliches Amt bekleide. — Das ist der einfache Sinn der Belehrung. Dem Gesetzgeber hat es offenbar ganz ferne gelegen, dabei einen Unterschied zwischen Volljährigen und Minderjährigen in dem Sinne fixiren zu wollen, daß bei dem einen der Wille des Vaters erheblich sei, bei dem anderen nicht.

Der § 225 t. c. sagt:

> „In allen Fällen aber, wo der Sohn eine zuerst ohne väterliche Einwilligung oder Entlassung angefangene besondere Wirthschaft bis nach zurückgelegtem vier und zwanzigsten Jahre fortsetzt, ohne daß der Vater seinen Widerspruch gerichtlich erklärt, und ihn zur Wiederaufhebung dieser Wirthschaft wirklich angehalten hat, geht er mit dem Zeitpunkte der erlangten Volljährigkeit zugleich aus der väterlichen Gewalt."

Auch diese gesetzliche Bestimmung zeigt in keiner Weise an, daß es zur Aufhebung der väterlichen Gewalt durch die abgesonderte Wirthschaft bei volljährigen Söhnen auf den Willen des Vaters nicht ankomme; vielmehr wird das Wissen des Vaters von der Existenz der besonderen Wirthschaft, die Möglichkeit für ihn, vor dem Eintritt der Volljährigkeit zu widersprechen, und die Fortsetzung jener Wirthschaft über jenen Zeitpunkt hinaus klar erkennbar vorausgesetzt. Es wird also auf den Willen des Vaters gerücksichtigt, nur gilt (unter der gekennzeichneten Voraussetzung) seine Passivität als konkludent dafür, daß er nicht hat widersprechen wollen. —

Ehe nach Erledigung dieser aus den Bestimmungen der §§ 218, 224, 225 A.L.R. II. 2 hergeleiteten Gegengründe zur Mittheilung und Beleuchtung des von den Vertheidigern der entgegengesetzten Auslegung der §§ 210—213 t. c. vorzugsweise für entscheidend erachteten Schlußvortrages von Suarez übergegangen wird, ist von vornherein an die besondere Veranlassung und den speziellen Zweck der geistvollen, von dem ausgezeichneten Suarez bei der Schlußrevision des preußischen A.L.R. erstatteten amtlichen Vorträge (welche für ihre Bedeutung und Auslegung sehr wesentlich ist) zu erinnern. Nachdem das Allg. Gesetzbuch für die Preußischen Staaten durch Patent vom 20. März 1791 publizirt war, unter Festsetzung der Eintrittszeit seiner gesetzlichen Kraft auf den 1. Juni 1792, wurde die Fixirung dieser Zeit durch die Königliche Kabinets-Ordre vom 18. April 1792 aufgehoben und der Eintritt der Gesetzeskraft jenes

Gesetzbuches auf unbestimmte Zeit suspendirt. Für diesen Schritt waren veranlassend die (durch die französische Revolution erzeugte) Abneigung gegen mannigfache, das öffentliche Recht betreffende Bestimmungen des Gesetzbuches, ferner Bedenken, ob nicht gerade im Familien-Rechte ungerechtfertigte Neuerungen eingeführt sein möchten, schließlich das (durch den sächsischen Justiz-Minister von Dankelmann angeregte) Bedenken, daß weder die Behörde noch das Publikum Zeit genug gehabt hätten, sich mit dem Gesetzbuche vertraut zu machen.

Dem Großkanzler von Carmer wurde aufgegeben, das Gesetzbuch einer (der Königlichen Willensmeinung gemäßen) Schlußrevision zu unterziehen mit der Weisung, über alle neuen Bestimmungen mit den Ministern der Departements, und, wo solches nöthig erscheine, mit dem gesammten Staats-Ministerium in Verbindung zu treten, damit auf gemeinschaftlichen Bericht (bei Meinungsverschiedenheiten unter Beifügung der abweichenden Gutachten) die Königliche Entschließung erfolgen könne.

In Ausführung dieser Königlichen Anordnung ließ der Großkanzler durch Suarez in schriftlichen Vorträgen die Bestimmungen des Gesetzbuches, welche von dem bisherigen gemeinen Recht abweichend seien oder erscheinen könnten, sowie die Materien, welche das Staatsrecht und die Regierungsform berührten, erörtern. Zu diesen amtlichen Vorträgen des Suarez gehört denn auch der Vortrag ad tit. II. §§ 210—227, welcher also nirgendwie die Aufgabe hat, die Normen der Aufhebung der väterlichen Gewalt eingehend zu entwickeln, sondern nur bezweckt, im Allgemeinen klar zu legen, ob in dieser Materie Neuerungen im Verhältniß zu dem bisher geltenden Recht in dem neuen Gesetzbuche eingeführt seien, sowie (eventuell) aus welchen Gründen diese Abweichungen von dem früheren Rechte sich rechtfertigten. Deswegen hebt Suarez zunächst hervor, daß gerade in dieser Materie ein bisheriges allgemein rezipirtes Recht gar nicht existire. Die römische Emanzipation sei obsolet geworden, und seien die an Stelle der Normen des römischen Rechts getretenen, auf Gewohnheitsrechten und Doktrin beruhenden Regeln durchaus schwankend und ungewiß. Die auf Nützlichkeit, Zweckmäßigkeit und Zusammenhang mit dem übrigen Rechtssystem basirten Bestimmungen des Gesetzbuches über die Aufhebung der väterlichen Gewalt könnten also von dem Vorwurfe Neuerungen

einzuführen gar nicht getroffen werden. Dann faßt Suarez diese Bestimmungen in Bezug auf Söhne kurz dahin zusammen:

I. Ist der Sohn majorenn, so muß man die Aufhebung der väterlichen Gewalt möglichst begünstigen. Ein 24jähriger Mensch muß für fähig erachtet werden, seine Handlungen selbst zu dirigiren und braucht nicht mehr den in der Regel stets lästigen, das Publikum aber in vielen Fällen genirenden Kappzaum der väterlichen Gewalt. Daher sind separata oeconomia, Amt, eigenes Gewerbe, ohne Unterschied oder Einschränkung, für modi tollendi p. p. erklärt §§ 210—213.

II. Ein noch minnorenner Sohn muß, um seines eigenen Besten willen, der väterlichen Gewalt nicht zu früh entlassen werden. Daher finden bei ihm nur 2 modi tollendi p. p. statt:

1) ausdrückliche Erklärung des Vaters §§ 214—217.
„Daß diese nicht vor dem 20. Jahre ertheilt werden kann, folgt daraus, daß ein Pupille nur in diesem Alter veniam aetatis erhalten kann."

2) Durch Anstellung eines besonderen Gewerbes für eigene Rechnung § 218.
„Dies war nothwendig, weil das Publikum bei einem Menschen, der öffentlich ein bürgerliches Gewerbe treibt, wegen seiner facultatis disponendi sicher sein muß und sich nicht in jedem Falle erst erkundigen kann, ob er auch noch sub p. p. stehe oder nicht? Uebrigens muß man es dabei freilich auf judicium paternum ankommen lassen, ob der Vater glaubt, daß dem Sohne seines noch minderjährigen Alters ungeachtet die Direktion über sich selbst frei gegeben werden dürfe." —

Aus diesem Vortrage werden folgende Momente für die Ansicht verwerthet, daß die nackte Thatsache der Einrichtung der separata oeconomia und des eigenen Gewerbebetriebes (ohne irgend welche Rücksicht auf des Vaters Wissen und Willen) die väterliche Gewalt über großjährige Söhne aufhebe:

1) daß gesagt sei, diese Aufhebung müsse bei solchen Söhnen möglichst begünstigt werden;

2) daß bezüglich ihrer separata oeconomia, Amt, eigenes Gewerbe, ohne Unterschied und Einschränkung für modi tollendi p. p. erklärt seien;

3) daß nur bei minderjährigen Söhnen die Beachtlichkeit des judicium paternum betont sei.

Diese Momente erweisen sich indessen aus folgenden Erwägungen als nicht geeignet, die aus ihnen gezogene Folgerung zu rechtfertigen. Es ist namentlich hervorzuheben:

Zu 1. Das Motiv möglichster Begünstigung eines Zweckes durch gesetzliche Bestimmung giebt gar keinen Anhalt dafür, bis zu welcher Tragweite diese Möglichkeit für indizirt erachtet ist.

Zu 2. Diese Erklärung hat bei den Worten „ohne Unterschied" die Bedeutung des Gegensatzes zu dem Unterschiede, welcher bei den Minderjährigen zwischen dem Betriebe eines besonderen Gewerbes für eigene Rechnung und der besonderen Wirthschaft, beziehungsweise der Bekleidung des Amtes gemacht ist, während die Worte „ohne Einschränkung" einen ganz einfachen Sinn dadurch erhalten, daß die Wirkung der Aufhebung der väterlichen Gewalt nicht auf bestimmte Arten von Aemtern und Gewerben eingeschränkt, auch (namentlich bei den Aemtern und dem ohne Widerspruch des wissenden Vaters betriebenen Gewerben) die Einschränkung nicht verordnet ist, daß sie den Sohn gänzlich ernähren, die fortwährende Unterstützung von Seiten des Vaters durch Gebung des Tisches oder sonst überflüssig machen müßten. Durch diese Bestimmungen wird die Aufhebung der väterlichen Gewalt bei großjährigen Söhnen möglichst begünstigt.

Zu 3. Darf doch unmöglich aus der (nach Anführung der Gründe, warum der minderjährige Sohn, welcher ein eigenes Gewerbe betreibt, aus der väterlichen Gewalt scheiden müsse,) mit dem Worte „Uebrigens" angefügten Reflektion gefolgert werden, daß es bei einem großjährigen Sohne nicht auf das Wissen und auf den (nicht durch Rücksicht auf das Lebensalter, sondern auf Bedenken, welche dem bisherigen ökonomischen Verhalten und der ökonomischen Lage des Sohnes entfließen, bestimmten) Willen des Vaters ankomme. Derartige Folgerungen würden selbst dann jeder Stringenz entbehren, wenn nur dieser Vortrag des Suarez als Grundlage für ein aus demselben (als dem Keime) überhaupt erst auszugestaltendes Gesetzbuch gehalten wäre, und wenn man nicht wüßte, daß Suarez früher bei Entwickelung seiner dem gedruckten Entwurfe zu Grunde liegenden Theorie die Einwilligung des Vaters zum Ge-

werbebetriebe als Voraussetzung der Aufhebung der väterlichen Gewalt bezüglich jeden Sohnes ausdrücklich hingestellt habe. —

Jedenfalls aber ist es unzulässig, gegenüber dem fertig ausgestalteten, für sich selbst sprechenden Gesetze (welches im § 478 A.L.R. II. 8, dessen Inhalt als Anwendung des § 212 Titel 2 a. a. O. vom Gesetzgeber selbst gekennzeichnet ist, mit einfachen Worten sagt, daß der Anfang der kaufmännischen Geschäfte, also im Sinne des Grundprinzips jeden eigenen Gewerbes, dann, also nur dann, die väterliche Gewalt aufhebe, wenn der Anfang mit Vorwissen und ohne ausdrücklichen Widerspruch des Vaters realisirt sei, und welches in den §§ 211 und 213 das Widerspruchsrecht des Vaters in Bezug auf die Begründung und im § 211 in Bezug auf die Form regelt) durch eine Folgerung aus jenem Vortrage den mit den klaren Worten und der klar angezeigten Intention des Gesetzes schnurstracks in Widerspruch stehenden Sinn aufzuzwingen, daß es auf das Wissen und Wollen des Vaters (auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Ausübung seines Widerspruchsrechtes) gegenüber der nackten Thatsache der bewirkten Errichtung einer von der elterlichen abgesonderten Wirthschaft oder des wirklichen Beginnes eines eigenen Gewerbes durch den volljährigen Sohn nicht ankomme, daß (nach dem Willen des Gesetzes) derjenige Sohn, welcher heimlich oder mit Gewalt die faktische Existenz der besonderen Wirthschaft oder des eigenen Gewerbebetriebes (unter rechtswidriger Vereitelung des väterlichen Widerspruchsrechts) erzeugt habe, dadurch die aus der väterlichen Gewalt fließenden Vermögens- und persönlichen Schutzrechte (deren Bethätigung bei einem solchen Sohne dem Gesetzgeber, von seinem Standpunkte aus, im Interesse des Vaters, des Sohnes und des Gemeinwohls angezeigt erscheinen mußte) aufheben dürfe.

Es darf aus allen diesen Gründen nach dem preußischen Allg. Landrecht dem wirklichen Anfange des Betriebes eines eigenen Gewerbes durch einen großjährigen Sohn dann nicht die Wirkung beigemessen werden, die väterliche Gewalt über diesen Sohn aufzuheben, wenn der vor dem Vater sich versteckende Sohn diesen Betrieb heimlich begonnen hatte, und deswegen der Vater bei mangelndem Wissen von jenem sei es bevorstehenden, sei es ohne Vorwissen verwirklichten Betriebe weder vor noch während der Verwirklichung dieses Betriebes in der Lage war, sein gesetzliches Widerspruchsrecht geltend zu machen; es ist vielmehr anzunehmen, daß die

Aufhebung der väterlichen Gewalt durch die Errichtung einer eigenen von der elterlichen abgesonderten Wirthschaft oder durch den Beginn eigenen Gewerbebetriebes durch den großjährigen Sohn nur dann eintritt, wenn der Vater, welcher von dem bevorstehenden Verhalten des Sohnes in den gekennzeichneten Beziehungen Kenntniß erhalten hatte und nach dem Zeitpunkte der Erlangung dieser Kenntniß sowie nach des Vaters sonstiger Lage dazu überhaupt die Möglichkeit besaß, vor der Realisirung jenes Verhaltens letzterem nicht (in Form einer gerichtlichen Anzeige unter gesetzesgemäßer Substanziirung) Widerspruch entgegengesetzt hatte, beziehungsweise der erhobene Widerspruch verworfen worden war, oder der Vater (welchem, sei es wegen mangelnder Kenntniß, sei es in Folge sonstiger Hindernisse, durchaus unmöglich gewesen war, vor Realisirung des von seinem Sohne bethätigten Verhaltens gegen das letztere Widerspruch zu erheben,) nach erlangter Kenntniß und Beseitigung der etwanigen sonstigen absoluten Hindernisse nicht sofort den Widerspruch gegen das bestehende Verhalten des Sohnes erhoben hat, oder der erhobene Widerspruch verworfen ist.

---

## Nr. 14.

## Ueber das Prinzip des forum contractus.

Von Herrn Dr. jur. Alexander Peter in Leipzig.

Es mag nicht als Anmaßung ausgelegt werden, wenn ich dem Wunsche der Redaktion entsprechend die folgende Abhandlung mit einigen einleitenden Worten begleite. Der jugendliche Verfasser, seit einigen Jahren in der juristischen Praxis thätig, tritt hiermit öffentlich ein in den Kreis der homines literati und unterbreitet ihm die Arbeit, mit welcher er die in utroque jure honores erwarb. Ich selbst stehe ihm als meinem früheren Schüler nahe und übernehme deshalb gern die Pathenstelle dieses Geisteskindes. Ueber die Resultate des Verfassers mag man mit ihm rechten; über die Methode wird man mit ihm einverstanden sein müssen. Und darauf dürfte es vor allem ankommen, daß wir bei der Bearbeitung des neuen Rechts die richtige wissenschaftliche Methode bewähren.

Leipzig, den 2. März 1880. Dr. Wach.

---

## Inhalt.

I. Die ältere Ansicht. Die Theorieen Bethmann-Hollwegs und Mühlenbruchs.
II. Entwicklung des forum contractus als forum solutionis.
III. Das römische und gemeine Recht.
IV. Die Partikulargesetzgebungen.
V. Die Reichs-Civilprozeßordnung.

## I.

Nach einer in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis bis in die Mitte dieses Jahrhunderts weit verbreiteten Ansicht galt das Spezialforum für die Geltendmachung obligatorischer Ansprüche dort als begründet, wo die Obligation entsteht.[1])

[1]) Gaill, Pract. observ. lib. III, obs. 1 § 4 u. obs. 36 § 14; Struve, Syntagma juris civilis exerc. IX. ad lib. V. tit 1 thes. 40; vor Allem Carpzov im Processus juris tit. 3 art. 2; ferner in seinen Responsa juris Electoralia lib. 2 tit. 2 resp. 29 und in seinem Opus decisionum Saxonicarum pars 3 dec. 216; Zanger, Tractatus de exceptionibus pars 2 cap. 2 Nr. 110; Claproth, Einleitung in den ordentl. Pr. § 36; Martin, Lehrb. des bürgerl. Prozesses § 52 ff. und dessen Vorlesungen § 52 f.; auch Linde in seinem Lehrbuch § 91 (welcher hier eine Konkurrenz des Kontrakts- und des ausdrücklich oder durch Gesetz oder durch die Natur der Sache bestimmten Solutionsorts statuirt); Reinhardt, Handbuch des gem. d. Prozesses, Stuttg. 1823 § 24b; Thibaut, System des Pandektenrechts § 1071; Heffter, System § 155; auch Bayer in den ersten Auflagen seiner „Vorträge" § 66; Bielitz, Ueber den verschiedenen Gerichtsstand § 9; Brackenhöft, Erörterungen S. 236. Wahrscheinlich sind bei dieser Entwicklung die Anschauungen des ältern deutschen Rechts von Einfluß gewesen; über diese vgl. Stobbe im Jahrb. d. gem. Rechts I. S 442 ff. — Diese ist wohl auch im Ganzen die Ansicht der italienischen Juristen, obwohl sich bei ihnen zahlreiche Widersprüche finden: Azo, Lectura zur l. 2 C. d. jurisd. (3, 13); quare ponit duo, scilicet ubi domicilium habuit et ubi contraxit? nome satis videretur sufficere contractus? immo quia ratione contractus tantum sortitur quis forum . . . . .; potuit enim conveniri vel ubi nunc habet domicilium vel ubi contraxit; und dann doch zur l. 1 C. ubi conveniatur qui certo loco III, 18: hic conveniatur ubi est solutio facienda, vel ibi ubi facta est promissio, si habeat ibi domicilium! vgl. auch denselben in seiner Summa zur l. 2 C. de jurisd. 3, 13; ferner Tancred, ord. jud. p. 2, tit. 1 § 3; Durantis, Spec. jur lib. II, P. 1 Rub. De competentis jud. adit. § 1 Nr. 2; Bartolus, (Lugd. 1552) ad l. 19 § 1 D. de jud.: ubi est gestum negotium ex quo resultat quasi contractus, sive contractus, ibi potest quis conveniri . .; ratione contractus celebrati per alium quis sortitur forum, . . . . in loco contractae obligationis regulariter quis potest conveniri; Baldus, (Venet. 1506) ad l. 19 § 1 cit. ex contractu vel quasi sortitur quis forum in loco contractus vel quasi. — — Für die neuere Praxis vgl. Seufferts

Es galt gleichmäßig für Ansprüche aus Kontrakten, Quasikontrakten und Delikten. Zur Begründung dieser Ansicht bezog man sich vorzugsweise auf die l. 19 § 1 D. de jud. (5, 1), die l. 3 D. de reb. auct. jud. (42,5) und die l. 21 D. de O. et Act. (44,7).[2]) Ausnahmen von der angeführten Regel statuirte man auf Grund der l. 65 D. de jud. (5,1)[3]) für die Forderung auf Rückgabe der Dos, welche an das Domizil des Ehemannes verwiesen wurde, und für den Fall, daß man einem Durchreisenden, obwohl man wußte, daß sein Aufenthalt ein nur vorübergehender sein würde, kreditirte; hier präsumirten Manche einen Verzicht auf das forum contractus. Nicht eigentlich als Ausnahme von der Regel, obwohl mehrfach als solche behandelt,[4]) faßte man den allgemein anerkannten Satz auf, daß in dem Falle, in welchem ein Erfüllungsort für die Obligation ausdrücklich vereinbart worden war, die Forderung hier und nicht am Kontraktsorte eingeklagt werden mußte.[5]) Schlechthin als

---

Archiv II. Nr. 323 (Cassel). XVII. 286 (Oldenburg, welches Erkenntniß eine feststehende Praxis der oldenburgischen Gerichte bezeugt); V. 229 (Celle); VIII. 293 (Stuttgart, welches für sich die württembergische Praxis in Anspruch nimmt); XVI. 250 (Jena); 251 (Lübeck); VII. 102 (Stuttgart); VIII. 165 (Celle, Klage auf Vollziehung der Ehe am Orte, wo das Verlöbniß abgeschlossen wurde); VIII. 87 (Jena für die actio personalis ex testamento gegen den Erben am Orte des Erbschaftsantritts aus dem Quasikontrakt). Für das sächs. Recht vgl. Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung für das Königreich Sachsen N. F. VIII. S. 358 (O. A. Dresden); so wohl auch das vom R.O.H.G. Entsch. XIII. 21 reformirte Erkenntniß des A.G. Leipzig; Osterloh, der ordentl. bürgerliche Prozeß § 141.

[2]) Die l. 3 cit. lautet: venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, id est ubi quisque contraxerit. Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia; l. 21 cit.: contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit.

[3]) Exigere dotem debet mulier illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est.

[4]) So z. B. Scheurlen, der deutsche gemeine und württembergische Civilprozeß 1836 § 77.

[5]) Diese Ausschließlichkeit wird bestritten von Linde in seinem Lehrbuche § 91; auch der Italiener Baldus ist anderer Ansicht; er sagt zur l. 19 § 4 D. de jud.: Nota quod absolutio alibi collata non mutat forum contractus celebrati; Martini in seinem Commentarius forensis tit. 11 § 2 N. 140 läßt eine Konkurrenz des Erfüllungs- und Kontraktsorts wenigstens dann zu, wenn die Erfüllung ubique locorum versprochen worden war. Carpzov scheint Ausnahmen gestatten zu

Ausnahme von der Regel wurde dieser Satz nicht hingestellt einmal wegen seiner außerordentlichen praktischen Bedeutung und andrerseits weil man doch herausfühlte, daß diese scheinbare Ausnahme ein Prinzip enthielt. Eine von dieser Lehre fundamental abweichende Theorie ist erst in der neuern Zeit und zwar von Bethmann-Hollweg aufgestellt worden.[6]) Er läßt den Satz bestehen, daß die obligatorischen Ansprüche am Orte ihrer Entstehung einzuklagen sind, giebt demselben jedoch eine von der frühern Ansicht völlig verschiedene Begründung; er sieht nämlich den Grund hierfür nicht in der Entstehung des Anspruchs als solcher, sondern in einer stillschweigenden Prorogation der Paziszenten auf den Kontraktsort, welche er dieselben beim Abschluß eines Vertrags vornehmen läßt; er reduzirt demnach das forum contractus auf ein reines forum prorogatum. Nur dann, wenn durch Parteiwillen oder einseitige Anordnung des Testators[7]) ein Erfüllungsort ausdrücklich fixirt ist, soll dieser entscheiden. — Bethmann-Hollweg spaltet hiernach den Gerichtsstand der Obligation in zwei Theile, in ein forum solutionis und ein forum contractus, welche auf einem prinzipiell verschiedenen Motive, das eine auf einer vereinbarten Erfüllung, das andere auf einer Prorogation beruhen und nichts weiter gemeinsam haben, als daß sie Gerichtsstände für die Geltendmachung obligatorischer Ansprüche sind. Es ist übrigens zu bemerken, daß diese Ansicht, so eigenartig sie in ihrer Motivirung des forum contractus ist, doch der herrschenden Lehre gegenüber insofern unselbständig erscheint, als sie das Wesen der Obligation in der verpflich-

---

wollen; er sagt in seinen decisiones l. c. Nr. 16: Quin nec absurdum est, ut debitor, qui certo loco daturum vel soluturum se obligavit, non modo in loco destinatae solutionis, sed et alibi ubi reperitur conveniatur, saltem utili vel arbitraria ex sanctione Imp. Alexandri in l. un. C. ubi convenitur qui certo loco dare promisit; nachdem er die l. 1 D. de eo quod certo loco (13, 4) referirt hat, auf welche er sich irriger Weise beziehen zu dürfen glaubt, fährt er fort: Unde sane perspicuum, judici ademptam haud esse facultatem quin pro ratione circumstantiarum, personae, loci ac temporis annuere possit creditori in loco gesti negotii debitorem convenienti, quantumvis solutio alio in loco fuerit promissa.

[6]) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses, Berlin 1827 S. 16 ff.

[7]) Nicht dagegen, wenn ein solcher durch die Natur der Sache oder gesetzliche Bestimmung festgesetzt ist.

tenden Handlung, der Entstehung der Obligation sieht und demgemäß die Prorogation nach dem Entstehungsort verlegt.

Für die Richtigkeit seiner Ansicht findet auch Bethmann-Hollweg den Beweis in der für unsere Frage so ausgiebigen l. 19 D. de jud. wo er die Worte: videtur nisi alio loci ut defenderet convenit" als die entscheidenden ansieht.[8])

Das von ihm für das forum contractus aufgestellte Prinzip muß diesem Gerichtsstande einen ganz bestimmten Umfang vorschreiben. Eine Prorogation ist natürlich nur bei gewissen Arten der Obligation denkbar, zweifellos bei Vertragsobligationen. Bethmann-Hollweg läßt sie aber auch bei vertragsähnlichen[9]) zu, so bei der Geschäftsführung (Tutel, Cura, auftragsloser Geschäftsführung); dagegen ist sie vor Allem undenkbar bei den Deliktsobligationen, wie überhaupt bei denen ex re.

Es ruht Hollweg's Ansicht auf der willkürlichen Fiktion eines Prorogationswillens beim Vertragsabschluß; sie verstößt gegen die gemeinrechtliche Regel, daß ein pactum de foro prorogando keinen Gerichtsstand schafft; sie würde das forum contractus dem beim gewillkürten Gerichtsstand platzgreifenden richterlichen Ablehnungsrecht aussetzen. Auch würde durch diese Ansicht, da das forum pacticium ausschließlich ist, dem Kläger das Wahlrecht zwischen dem forum contractus und forum domicilii entzogen werden.

Wenn jedoch Linde[10]) und Mühlenbruch[11]) noch gegen Hollweg anführen, daß alles sichere Entscheidungsprinzip vernichtet werden würde, wenn in jedem einzelnen Falle die Frage aufgeworfen werden müßte, ob die von Hollweg angenommene Präsumtion durch die in concreto vorliegenden Thatsachen ausgeschlossen werde, so ist dies deshalb ungerechtfertigt, weil, wie von keiner Seite bestritten wird,

---

[8]) Bethmann-H. l. c. S. 21.

[9]) Es liegt auf der Hand, daß der bei Quasikontrakten angenommene Prorogationsvertrag selbst wieder die Natur des Quasikontrakts haben muß; ein forum pacticium quasi ex contractu ist jedoch dem gemeinen Rechte nicht bekannt. — Für die durch den Erbschaftsantritt für den Erben entstehenden Verbindlichkeiten, Erbschaftsschulden und Legate zu zahlen, läßt von Bethmann-H. ein forum contractus nicht zu, obwohl sich auch nach seiner Meinung eine stillschweigende Prorogation hier denken ließe, vgl. l. c. S. 31, wohl aber für die Testamentsobligation (S. 47).

[10]) Linde, Abhandlungen II. S. 83.

[11]) Archiv für civil. Pr. Bd. 19 S. 340.

in dieser Lehre eine jede Theorie mehr oder minder auf die Willensauslegung angewiesen ist und man von vornherein auf die Auffindung einer für alle konkreten Fälle maßgebenden und sicher entscheidenden Formel verzichten muß. —

Wie Bethmann-Hollweg das forum contractus im forum prorogationis untergehen läßt, so verflüchtigt Mühlenbruch[12]) dasselbe im forum domicilii. Ausgehend von dem an sich gewiß richtigen und durch die Quellen unterstützten Gedanken, daß die obligirende Handlung d. i. der äußere Abschluß des Kontrakts nicht allein, sondern nur in Verbindung mit andern Voraussetzungen die Obligation zu lokalisiren vermag, sucht er nun diese weiteren Voraussetzungen nicht aus dem Wesen eben der Obligation zu gewinnen, sondern findet sie in den Thatsachen, welche in ihrem jeweiligen Vorhandensein die Kompetenz nicht bloß für die obligatorischen Ansprüche als solche, sondern für alle Ansprüche überhaupt begründen, er findet sie in den Thatsachen, welche das Wesen des forum domicilii ausmachen. Sowie man nämlich durch Verlegung der centralen Lebensinteressen, des Wohnsitzes an einen Ort hier den Gerichtsstand für alle Klagen gegen sich begründe, so könne man dadurch, daß man kleinere Kreise seines gewerblichen und Geschäftslebens dauernd, oder wohl auch den Mittelpunkt seiner Lebensverhältnisse zeitweilig vom Domizil loslöse und beziehentlich anderswohin verlege, die mit diesen domizilartigen Verhältnissen in Verbindung stehenden Obligationen an den fraglichen Orten lokalisiren.

Es genüge zur Widerlegung dieser Ansicht besonders auf das hinzuweisen, was Albrecht dagegen geltend gemacht hat.

Es stehen derselben zunächst die Bedenken entgegen, welche sich gegen ihre Voraussetzungen: die Begriffe eines theilweisen oder zeitweiligen Domizils erheben, daß nämlich das „theilweise" als mit dem Wesen des Domizils, der summa rerum ac fortunarum Jemandes in unauflöslichem Widerspruche stehend gar nicht gedacht werden kann und daß das „zeitweilige" als ein wahres Domizil aufzufassen ist, da die unbedingte Absicht, zu bleiben, für die Annahme des Domizils nicht Voraussetzung ist.

Die Hauptschwäche der Mühlenbruch'schen Ansicht besteht darin, daß das von ihm aufgestellte Prinzip, je konsequenter es

---

[12]) Archiv für civil. Pr. S. 337 ff. (1836).

durchgeführt wird, desto unvereinbarer mit den von ihm gefundenen Einzelergebnissen wird. Je schärfer man den Domizilsgedanken premirt, desto maßgebender müßte für die Geltendmachung des obligatorischen Anspruchs der Ort, an welchem sich das Domizil oder domizilartige Verhältniß zur Zeit der Klaganstellung befindet, werden; nichtsdestoweniger aber betont Mühlenbruch den Ort zur Zeit des Kontraktsabschlusses, unabhängig davon, ob das fragliche Verhältniß sich zur Zeit der Klaganstellung noch daselbst befindet oder nicht; bindet man sich aber in letzterer Beziehung an die Ansicht des Verfassers, so begreift man nicht, warum in dem Falle, wo neben dem von ihm angenommenen partiellen Domizile das wirkliche bestand, dieses jedoch nach erfolgtem Vertragsabschlusse an einen andern Ort verlegt wurde, der Gerichtsstand für die Forderung aus diesem Vertrage nicht nur am Orte des partiellen, sondern auch an dem des ehemaligen vollen Domizils zu suchen ist, denn je umfassender die Voraussetzungen des Motivs an einem bestimmten Orte vorhanden sind, desto berechtigter ist die Schlußfolgerung aus demselben, und daß der Vertrag am Orte des Kontraktsforums entstanden sei, wird ja von Mühlenbruch nicht gefordert. Kurz, je mehr man den Domizilsgedanken verfolgt, desto näher gelangt man zum forum domicilii, desto mehr entfernt man sich vom quellenmäßigen forum contractus.

Schließlich aber steht der Ansicht Mühlenbruchs noch der Umstand entgegen, welcher den bisher berührten Ansichten gleichmäßig entgegenstand, daß sie den Fall des ausdrücklich vereinbarten Erfüllungsorts als Ausnahme von der Regel betrachten muß, eine Annahme, die, wie unten gezeigt werden soll, alles Anhalts in den Quellen entbehrt. —

## II.

Die von den neuesten Schriftstellern über unsere Lehre aufgestellte Ansicht oder besser gesagt, der von ihnen neu hervorgesuchte und im Einzelnen ausgebildete Gedanke abstrahirt gänzlich vom Entstehungsort als solchem und findet das Prinzip des Gerichtsstandes der Obligation einzig und allein im Erfüllungsort, zugleich davon ausgehend, daß eine jede Obligation ihren durch den Willen der Parteien, durch die Natur der Sache oder durch Gesetz bestimmten Erfüllungsort habe.

Wie angedeutet, ist diese von Linde, Savigny, Albrecht

und Wetzell ausgeführte Ansicht nicht neu, sondern reicht in ihren Anfängen weit zurück.

Die erste klare Spur findet sich in der Glosse zur l. 65 D. de judiciis.[13]) Während, wie bereits oben erwähnt wurde, der in dieser Stelle behandelte Fall durchgängig als unvermittelte Ausnahme von der Regel, daß am Kontraktsorte („ubi conscriptum est") zu klagen sei, hingestellt wird, interpretirt der Glossator:

> Potest intelligi haec lex . . . quod instrumentum et contractus fuit in domo patris mulieris factum: tamen maritus convenitur in suo foro ideo, quia videtur inseruisse locum illum in reddendo,

verweist also die Klage an das Domizil der Ehegatten, weil dieselben die Erfüllung vermuthlich dort gewollt haben.

Mehr findet sich nach unserer Richtung an unzweideutigen Belegen in der italienischen Doktrin nicht.[14]) Weiter gelangen dagegen

---

[13]) Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habet, non ubi instrumentum dotale conscriptum est.

[14]) Im Gegentheile reduzirt dieselbe vielfach den ausdrücklich beredeten Solutionsort auf den Kontraktsort; so Azo, Summa Cod. lib. III. tit. 18 l. 1 C. ubi conveniatur qui certo loco No. 3. Glosse arbitraria l. un. C. ubi conv. Roffredus, Ordo judiciarius Lugd. (1561) S. 14 c.; Durantis, Spec. l. c. Alle begründen ihre Ansicht, daß am Solutionsort geklagt werden könne, mit der Formel „quasi ibi contraxerit", wollen damit aber nicht sagen: am Erfüllungsort ist zu klagen, weil das Wesen der Obligation in der Erfüllung besteht, sondern weil die Paziszenten als dort kontrahirend zu denken sind. — Ganz ähnlich nachmals Carpzov, proc. jur. tit. 3, art. 2: expeditum fere est, Reum fieri obnoxium jurisdictioni alienae ex contractu vel destinata solutione ratione loci, in quo contraxit; non abs re autem diximus conveniri posse reum in loco contractus vel destinatae solutionis eo scilicet in loco, ubi solvere promisit, postquam locus destinatae solutionis est ipsemet locus, in quo dicitur contractum; diese Nebeneinanderstellung geschieht jedoch nicht in dem Sinne, als ob der Ort des Kontraktsabschlusses nur insofern in Frage käme, als er ein locus solutionis sei, sondern umgekehrt in dem, daß der locus solutionis nur deshalb Kompetenzgrund ist, weil er im eigentlichen Sinne Kontraktsort ist. Dies geht ganz zweifellos aus der decisio 216 (pars 3 op. dec.) hervor, in welcher bei ausführlicher Motivirung der Entscheidung eines Rechtsfalls unter Anderm gesagt ist: Ac licet contractum alias censeatur eo in loco, in quo promissa est solutio. Unde locus solutionis vulgo appellitatur locus contractus, quippe qui ex intentione aestimatur, quae si certus solutioni locus est praefinitus, contrahentium animos eo flectit, ut ibi contraxisse censeantur, die Paziszenten denken sich hiernach den Abschluß des Kontrakts am Solutionsorte. Zu diesen beiden Sätzen bilden endlich die nothwendige Ergänzung die Worte: locus quidem contractus intelligitur,

die deutschen Praktiker des 17. und 18. Jahrhunderts. Brunnemann, Müller zu Struve und Boehmer[15]) lassen bei der Bestimmung des forum contractus in erster Linie den Erfüllungsort und den Kontraktsort nur eventuell entscheiden:

> ... primo quidem illius, in quem solutio destinata ... vel illo deficiente, quo contractus perfecte initus. (Brunnem. de processu fori legitime instituendo cap. 7 Nr. 5),

den letztern jedoch immer noch lediglich als solchen.

Eine äußerst interessante Stelle findet sich ferner bei Berlich in dessen Conclusiones. Derselbe spricht in der concl. 75 (pars I.) Nr. 41 aus, daß ein Kaufmann, welcher sich an einen Ort begiebt und daselbst Handelsgeschäfte abschließt, dort auch aus den eingegangenen Verträgen verklagt werden kann, obwohl er nicht versprochen habe, hier zu erfüllen — und motivirt dies damit, daß, wie er sagt,

> ejusmodi forenses de mercatu in mercatum semper in illo loco, ubi contraxerunt et merces sumpserunt etiam solvere et affere solutiones debitorum per eos contractorum;

er schließt seine Auseinandersetzung mit den Worten:

> Ideoque merito inter contrahentes tacite etiam hoc videtur actum, ut etiam ibidem solvant, etiamsi hoc expresse non dixerint,

führt demnach den Gerichtsstand auf die stillschweigende Beredung der Erfüllung am Kontraktsort zurück.

Zweifellos, und umfassend aber wird das Prinzip hingestellt von Lauterbach und Stryk, sowie später von Grolmann und Schmidt. So schreibt Lauterbach im lib. V. tit. 1 § 47 seines Icti Collegii Theoretici-practici:

---

ubi quid dari promissum est, seu in quo ut quis solveret, se obligavit, licet alibi contractus fuerit celebratus, aut si de eo expresse nihil dictum est, ubi negotium gestum perhibetur (proc. jur. l. c. No. 5 u. resp. l. c. No. 7), wonach also der Ort des Kontraktsabschlusses als solcher, nicht als stillschweigender Solutionsort und der ausdrücklich festgesetzte Erfüllungsort nur als Kontraktsort aufgefaßt wird (für die sächs. Praxis noch: Berger, oec. jur. lib. IV. tit. 4 th. 2 not. 1, Mencken, System jur civ. lib. 5 tit. 1 § 32).

[15]) Boehmeri, Introductio in jus Digestorum zu lib. V. tit. 1 D. No. 26. Forum speciale primum est locus contractus, ubi quis α) contraxit vel β) quasi contraxit, adeo ut jus domum revocandi in legatis cesset. Contraxisse autem ibi quis videtur 1) ubi solutio facienda 2) ubi ad plenam perfectionem contractus pervenit.

In specie sive ex propria persona reus forum sortitur in loco contractus ubi scilicet reus ex conventione vel quasi aliquid praestare tenetur. Si vero de certo solutionis loco expresse nihil fuerit conventus, locus solutionis et conventus ibi censetur, ubi conventio perfecte fuit celebrata

und Stryk im Usus modernus lib. V. tit. 1 § 21:

Sequitur contractus forum quod non praecise ex loco negotii gesti sed ex loco executioni contractus destinato aestimandum.

In demselben Sinne drücken sich die übrigen Genannten[16]) aus; man bemerke dabei wohl, daß diejenigen von ihnen, welche wie Lauterbach den Kontraktsort noch eventuell zulassen, sich von ihren oben genannten Vorgängern in dieser Richtung scharf dadurch unterscheiden, daß sie den Kontraktsort als Erfüllungsort fühlen, keinesfalls also eine Ausnahme vom hier fraglichen Prinzip statuiren, als vielmehr nur eine dem materiellen Rechte angehörige Vorschrift dafür geben wollen, wo im Mangel eines bestimmten Anhalts die Erfüllung eines Vertrags als von den Parteien beabsichtigt anzunehmen ist.

## III.

In wie weit wird die Ansicht, deren Entwicklung ich im Vorstehenden kurz zu geben versucht habe, von dem vorhandenen gemeinrechtlichen Quellenmaterial gestützt?

Es ist mit Bezug hierauf unbestritten zunächst, daß in dem Falle, wo durch Parteiwille für eine Obligation ein bestimmter Er-

---

[16]) Grolmann, Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten § 39. „Jeder soll vor dem Richter desjenigen Orts, wo er eine Verbindlichkeit zu erfüllen versprochen hat, oder der Natur derselben gemäß zu erfüllen verbunden ist, d. h. entweder der Ort, wo die unbewegliche Sache liegt, auf deren Uebergabe die Verbindlichkeit geht, oder der Ort, wo die Verbindlichkeit zu ihrer Vollkommenheit gediehen ist, in Ansehung aller aus der Verbindlichkeit entspringenden Klagen (forum contractae obligationis und seine Unterarten — forum gestae adm. und delicti) belangt werden können." Schmidt, Handb. des gem. Civilpr. § 46: das f. c. wird immer durch den Erfüllungsort bestimmt und wenn ein anderweiter Erfüllungsort sich nicht aus dem Gesetz, der Natur der Sache ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung ergiebt, so ist derselbe dort als begründet anzusehen, wo die obligatorische Verbindlichkeit perfizirt würde. Von den neuern Schriftstellern vgl. noch Osterloh, Lehrb. § 80, Renaud, Lehrb. § 36.

füllungsort ausdrücklich festgesetzt ist, auch hier geklagt werden kann;[17]) dies gilt sowohl für Vertrags- als Testamentsobligationen, wie für erstere die l. 19 § 4 D. de jud. (5,1):

> Illud sciendum est, eum, qui ita fuit obligatus ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrubique posse conveniri et hic et ibi

und für letztere die l. 1 de annuis leg. (33,1):

> Quum in annos singulos quid legatum sit, neque adscriptum quo loco detur, quocunque loco petetur dari debet,

unwiderleglich beweist.[18])

Ebenso zweifellos ist nach römischem Recht, daß am Erfüllungsort der Obligation die Klageerhebung dann zulässig ist, wenn derselbe durch die Natur der Leistung bestimmt wird,[19]) wie dies bei den auf Uebergabe einer unbeweglichen Sache gerichteten Verträgen der Fall ist.

Ein wesentlicher Streit hat sich über die beiden angeführten Fälle nicht erhoben. Die Verschiedenheit der Meinungen tritt uns erst bei der Frage entgegen, wo wir den Gerichtsstand anzunehmen haben bei denjenigen Obligationen, in welchen weder durch ausdrückliche Willenserklärung noch durch die Natur der Leistung ein Erfüllungsort fixirt ist; wurde hier für das römische Recht ein anderes Prinzip maßgebend, hat es hier den Entstehungsort der Obligation zum Kompetenzgrund erhoben?

Die Hauptveranlassung der Kontroverse giebt die bekannte l. 19 de judiciis.

---

[17]) Nach dem älteren röm. Recht konnte dies aus negotia stricti juris sogar nur an diesem Orte geschehen, da die enge Formel der condictio eine Schätzung des Ortsinteresses nicht zuließ; erst die Einführung der actio de eo quod certo loco beseitigte diesen Uebelstand; vgl. die l. 33 J. de act. 4, 6; l. 1 D. de eo quod certo loco 13, 4; außer dem Titel de eo quod certo loco . . l. 16 § 1 D. de pec. const. 13, 5; l. 1 C. ubi conveniatur qui certo loco (3, 18).

[18]) Vgl. noch l. 3 D. de reb. auct. jud. (42, 5) (Gaius); l. 21 D. de O. et A. (44, 7) (Julianus). Fällt der Erfüllungsort mit dem Wohnsitz des Schuldners zusammen, so wird er natürlich durch Fortfall desselben nicht berührt und hält das forum c. auch dem verzogenen Schuldner, sowie den Erben des verstorbenen Schuldners gegenüber aufrecht l. 19 pr. D. de jud. 5, 1 (Ulpian), l. 2 C. de jurisd. 3, 13. l. 45 D. de jud. 5, 1. (Papinian).

[19]) Vgl. Savigny a. a. O. VIII. S. 213. Osterloh § 80 Nr. 6; Unentschieden Wetzell § 41 Nr. 11.

Ulpian entscheidet im § 2 dieser Stelle eigentlich nur zwei verschiedene Beispiele. Er spricht von einem Kaufmanne, welcher an einem bestimmten Orte eine Handelsniederlassung hat oder doch wenigstens, wie die Gegenüberstellung mit dem advena zeigt, einen Aufenthalt von einiger Dauer zu nehmen gedenkt, von wo aus er Geschäfte machen will; — diesem stellt er den Durchreisenden entgegen. Der erstere soll auf die wider ihn aus den eingegangenen Verträgen erhobenen Klagen am Kontraktsort Recht geben, der letztere soll hierzu nicht verpflichtet sein.

Mühlenbruch findet, wie wir oben gesehen haben, die wesentliche Verschiedenheit der vom Juristen gewählten Beispiele darin, daß dort domizilartige Verhältnisse (officina pergula etc.), hier solche nicht vorausgesetzt werden, und sieht hierin den Grund für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Klageerhebung an den Orten des Vertragsschlusses. Hollweg findet in den Worten nisi alio loci ut defenderet convenit einen der hauptsächlichsten Quellenbelege für seine Ansicht: Prorogation auf den Kontraktsort. Alle diejenigen, welchen das Motiv des forum contractus der Vertragsschluß ist und daher der Ort desselben den Gerichtsstand der Obligation bildet, wären zu ihrer Auffassung ohne das fr. 2 cit. kaum gelangt. —

Von der Unhaltbarkeit der Ansichten Mühlenbruchs und Hollwegs ist bereits oben die Rede gewesen. Aber auch die Auffassung der ältern Doktrin muß als irrig bezeichnet werden.

Das im römischen Rechte für den Gerichtsstand derjenigen Obligationen, in welchen durch ausdrückliche Willenserklärung oder durch die Natur des Leistungsgegenstandes ein bestimmter Erfüllungsort fixirt ist, maßgebende Motiv liegt in gleicher Weise auch den Beispielen Ulpians im fr. 2 cit. zu Grunde. Der Kaufmann, welcher an einem von seinem Domizil verschiedenen Orte eine Handelsniederlassung hat, von wo aus er Geschäfte schließt und wo er die nöthigen Waarenvorräthe besitzt, die ihm die Realisirung der dort eingegangenen Verträge ermöglichen, oder aber auch schon derjenige, welcher mit Waaren Messen bezieht, erregt bei seiner Kundschaft die Erwartung, daß er daselbst auch erfüllen werde; es muß daher im Zweifel (nisi alio loci ut defenderet convenit) der Vertragsort als der stillschweigend vereinbarte Erfüllungsort angesehen werden.

Dagegen gilt das Gleiche nicht von einem Durchreisenden, wel-

cher Lieferungsverträge abschließt, oder etwa von dem nur nach Mustern verkaufenden Handlungsreisenden. Diese haben sich gar nicht darauf eingerichtet, am Orte des Vertragsschlusses zu liefern; der Mitkontrahent konnte dies nicht erwarten; es muß daher vermuthet werden, daß die Paziszenten die Solution nicht an dem vielleicht ganz zufälligen Ort des Kontraktabschlusses, sondern dort gewollt haben, wo sie regelmäßig erfüllen, sei es an ihren Domizilen oder etwaigen Handelsniederlassungen, wenn auf letztere die Verträge Bezug hatten. Es würde die größte Härte sein (durissimum est) — und das ist der praktische Grund der Entscheidung — gegen den Kaufmann überall dort, wo er auf einer Reise kurze Zeit verweilt, einen Gerichtsstand aus allen am Ort eingegangenen Verträgen zu geben. —

Im § 3 des zit. Fragments spricht der Jurist von einem Sklaven, den sein Herr, ein Provinziale als institor mit Waaren zum Verkaufe nach Rom geschickt hat; aus den von ihm in Rom eingegangenen Geschäften soll für seinen Herrn ein Gerichtsstand in Rom begründet sein.

In der l. 2 C. de jurisd. (3, 13) verweist der Kaiser einen Kläger mit der Kontraktsklage an das gegenwärtige Domizil des Beklagten oder an dasjenige, welches derselbe zur Zeit des Vertragsschlusses gehabt hat: nam ubi domicilium reus habet vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet.

Der Verwalter fremder Geschäfte (tutela, cura, negotia) soll nach § 1 des fr. 15 wegen Obligationen aus seiner Geschäftsführung sich dort verantworten, wo er administrirt hat; dies gilt sowohl von den Verbindlichkeiten des Geschäftsführers gegen den dominus,[20]) als von denen des dominus gegen Dritte;[21]) es ist dies der Gerichtsstand, welchen die Wissenschaft das forum gestae administrationis genannt hat. — Die Klage auf Rückgabe der dos soll, wie Ulpian in l. 65 D. de judiciis (5, 1) entscheidet, nicht am Orte, wo die Ehepakte geschlossen sind, sondern am Domizil des Ehemannes erhoben werden.

---

[20]) l. 36 § 1 D. de judiciis; l. 1 u. 2 C. ubi de ratioc. (3, 21); l. 1: eum qui aliena negotia, sive ex tutela, sive ex quocunque alio titulo administravit, ubi haec gessit, rationem oportet reddere.

[21]) l. 45 § 1 D. de proc. (3, 3); l. 9 § 3 cit.

Alle diese Entscheidungen werden von einem Gesichtspunkte aus gefällt; es ist überall der stillschweigend vereinbarte Erfüllungsort, auf welchem der Gerichtsstand basirt. Der servus institor erregte bei denjenigen, welche mit ihm zu thun hatten, die Erwartung, daß er die nach Rom mitgebrachten Waaren auch dort tradiren werde. — Alle die Verträge, welche auf einen speziellen Ort keinen Bezug haben, wollen wir an dem Ort erfüllen, wo wir die summa rerum ac fortunarum konstituirt haben, am Domizil.[22]) — Die Lösung der mannigfachen durch eine Vermögensverwaltung hervorgerufenen Verbindlichkeiten wird am glattesten am Sitze der Administration erfolgen und daher von den Parteien dort intendirt sein; und das Motiv der Entscheidung schließlich für die Dotalklage ist bereits, wie oben zu zeigen Gelegenheit war, von der Glosse herausgefunden worden. —

Es sind übrigens die beiden zuletzt genannten Stellen für uns noch in einer andern Beziehung bedeutsam; die l. beweist nämlich, daß das aufgestellte Prinzip nicht nur für Verträge, sondern daß es ebensowohl für Quasikontrakte gilt. Der § 1 des Fragments redet von der Cura, Tutel und auftragslosen Geschäftsführung; die Absicht des Geschäftsführers, sich zur Lösung, Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gegen den Geschäftsherrn an einem bestimmten Orte verpflichten zu wollen, wirkt als ein Bestandtheil der Absicht des Geschäftsführers, sich durch die Geschäftsführung überhaupt verpflichten zu wollen; sie ist ein Theil des zwischen den Beiden bestehenden Bandes des Quasikontrakts.

Die l. 65 cit. interessirt uns noch ganz besonders insofern, als sie ganz unzweideutig erklärt, daß für unsere Frage auf den Ort des Vertragsschlusses an sich nichts ankommt; die erkennbare Absicht der Kontrahenten, die Erfüllung der Obligation an einem dritten Orte vornehmen zu wollen, verlegt dorthin den Gerichtsstand.

Anders als die bisher mehr kasuistisch gehaltenen Digestenstellen stellt das generelle Prinzip auf die l. 1—3 D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5):

> Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, id est, ubi domicilium habet aut ubi quisque contraxerit. Contra-

[22]) Bethmann-Hollweg läßt die Kontrahenten auf das Domizil prorogiren.

ctum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia.

Am Erfüllungsort ist der Gerichtsstand des Vertrags. Das Prinzip wird deutlich und rein ausgesprochen. Die Stelle beweist zwar dafür, daß das forum contractus am Erfüllungsort dann begründet ist, wenn derselbe ausdrücklich fixirt ist, weiß jedoch nichts davon, daß er nur unter dieser Voraussetzung begründet sei; sie spricht den Zusammenhang des Solutionsorts mit dem Gerichtsstand ganz voraussetzungslos und allgemein aus. Die Ausdrucksweise ist Manchen zu antithetisch, zu gesucht; sie konnte aber nicht besser gewählt werden, um jeden Zweifel über die Meinung ihres Verfassers auszuschließen. Ein Wort der Stelle ist allerdings als Handhabe benutzt worden, sie für andere Ansichten zu verwerthen, das „utique." Dasselbe heißt aber nicht „immer", so daß die Stelle zuletzt doch als Beweis der Relevanz des Kontraktsorts als solchen für die Frage nach dem Gerichtsstand übrig bleiben könnte; die gewöhnlichste Bedeutung des non utique ist sowohl in der klassischen wie nachklassischen Latinität „ganz und gar nicht," „überhaupt nicht." Die Entscheidung will also von der erwähnten irrigen Vorstellung ganz befreien.[23])

Wir sehen, daß in allen den angeführten Stellen die stillschweigende Vereinbarung eines Erfüllungsorts es war, welche den Gerichtsstand begründete, oder umgekehrt gefaßt, daß es nicht nur die ausdrückliche Fixirung eines Solutionsorts war, welche diese Wirkung hatte, sondern daß auch die stillschweigende Bestimmung eines solchen ausreichte.

Hiermit ist die Einheit des Rechtsgedankens erwiesen, welcher alle Entscheidungen der römischen Juristen hinsichtlich des Gerichtsstandes der Obligation leitet. Die Einheit wird preisgegeben und etwas Prinziploses an die Stelle gesetzt, wenn kasuistisch Erfüllungs- und Entstehungsort als begründend für das Forum neben einander gestellt werden.

Diese Inkonsequenz erscheint um so größer, wenn man erwägt, daß die Verschiedenheit des Prinzips nicht wegen juristischer Unterschiede der Obligationen, sondern wegen rein faktischer (ausdrückliche, stillschweigende Bestimmung des Erfüllungsortes) angenommen

---

[23]) Anders motivirt Albrecht a. a. O. S. 34.

würde. Auch dürfte gerade dieser Thatfrage die allergeringste Bedeutung beizumessen sein, wenn wir nicht mit einer der Grundregeln des römischen Rechts brechen wollen, daß nämlich der stillschweigenden Willenserklärung — vorausgesetzt natürlich, daß für diese eine Form nicht vorgeschrieben ist — die gleiche rechtliche Wirkung, wie der ausdrücklichen zukommt.

Warum das römische Recht gerade die Erfüllung als den Gerichtsstand begründend anerkannt hat, liegt auf der Hand und ist in der Wissenschaft des Oestern hervorgehoben worden. Die gerichtliche Geltendmachung der Forderung ist eine Geltendmachung derselben überhaupt. Es ist folgerichtig, daß, wo diese außergerichtlich zulässig, sie auch gerichtlich geschehen darf. Der Schwerpunkt der Obligation liegt in der Erfüllung. Während das dingliche Recht geschaffen wird zum Bestand, wird die Obligation geboren zur Lösung; während der Karakter jenes die Ruhe ist, haftet diesem die Thätigkeit an; da wo die Sache liegt, kann das dingliche Recht an ihr geltend gemacht werden; der Ort, wo jene Thätigkeit sich entfalten soll, wo die Obligation so zu sagen erst körperlich wird, ist gleichsam der Ort derselben.

Weil nun aber hiernach das Prinzip des Gerichtsstandes der Obligation das der Erfüllung ist, — nicht nur der vereinbarten Erfüllung, — so kommt es auch zur Geltung bei denjenigen Obligationen, bei welchen ein Erfüllungsort nicht durch den Willen der sie begründenden Subjekte, sondern durch das Gesetz festgesetzt ist.

Ein solcher Erfüllungsort ist vom römischen Recht bestimmt für die quasikontraktliche Verbindlichkeit des Erben zur Restitution des Fideikommisses[24]), und zwar an dem Ort, wo sich der größere Theil des Nachlasses befindet:

> Si fideicommissum ab aliquo petatur, isque dicat, alibi esse majorem partem hereditatis, non erit ad praestationem compellendus (l. 50 D. de judiciis)

und für die Verbindlichkeiten des Fideikommissars gegenüber den Erbschaftsgläubigern ebendaselbst. An diesem Orte kann daher auch geklagt werden, wie die l. 50 cit., welche fortfährt:

---

[24]) Im justinianischen Recht natürlich für alle Vermächtnisse, da es keinen Unterschied mehr zwischen Legaten und Fideikommissen kennt.

et ita multis constitutionibus cavetur, ut ibi petatur fideicommissum, ubi major pars hereditatis est,

und das fr. 66 ad S. C. Trebellianum beweisen.

Savigny (System VIII. S. 232) und Bethmann-Hollweg (a. a. O. S. 33 ff.) sind gegen die Verwerthung der zitirten Stellen für unsere Frage deshalb, weil die Einführung eines Erfüllungsortes dort, ubi major pars hereditatis est, eine singuläre, nicht auszudehnende Vergünstigung des Erben bezw. Universalfideikommissars sei. Ihnen wird von Albrecht (a. a. O. S. 29) meines Erachtens mit Recht eingewandt, daß die dort zugleich gewährte Klagemöglichkeit doch nichts weniger als eine Vergünstigung sei, daß also jene sich an die Erfüllung von selbst und kraft allgemeinen Rechtssatzes an den Erfüllungsort anschließe. Und mögen auch die fraglichen Vorschriften singulär sein, so sprechen sie doch dafür, daß das wahre Prinzip des Gerichtsstandes der Obligation sich in der römischen Gesetzgebung überall Geltung verschafft hat, wo immer dies, wie bei der für die Fideikommisse gegebenen extraordinaria cognitio, möglich war. — Ebenso beruht das forum delicti commissi auf dem gesetzlich bestimmten Erfüllungsort. Es ist nur billig, daß man dort, wo man durch deliktische Handlung Schaden stiftet, denselben auch reparirt und bezüglich seiner Recht giebt. Die deliktische Handlung ist civilistisch nicht unmittelbar kompetenzbegründend, sondern bewirkt zunächst die Erfüllungsnothwendigkeit, die in zweiter Linie erst durch die Hülfe des Gerichts realisirt wird; wer das Umgekehrte annimmt, verwechselt den civilrechtlichen mit dem strafrechtlichen Standpunkt. Das strafprozessuale forum delicti wird unmittelbar durch die Begangenschaft, d. i. die kausale Handlung, nicht durch die aus ihr erwachsene Schädigung, hergestellt, welche der Gerichtsbarkeit nothwendig unterwirft. Beim Verbrechen, so weit es auf die Straffolge ankommt, steht zunächst nicht eine Handlung, eine Leistung des Verbrechers in Frage, die nur eventuell, nämlich wenn sie nicht freiwillig erfolgt, erzwungen werden soll; der Begehung folgt unmittelbar die staatliche Thätigkeit, welche die Strafpflicht verwirklichen soll; für das civilrechtliche forum d. c. ist der entstandene Schaden das Ausschlaggebende, für das strafprozessuale die Handlung. Deshalb muß der Gerichtsstand des Delikts, soweit die civilrechtlichen Folgen in Frage stehen, auf einem ganz anderen Motiv beruhen, als der des Verbrechens, an welchem die Straffolge realisirt werden soll.

Von einer Erwägung der Art ist, wie schon Albrecht a. a. O. S. 36 bemerkt, auch Justinian ausgegangen, wenn er in dem Gesetze, in welchem er die Gerichtsstände nochmals normiren will, in der Novelle 69 cap. 1 sagt: et unusquisque in provincia . . . in qua pecuniae vel criminis reus est, ibi quoque judicium accipiat; also da, wo man Schuldner ist, soll man Recht geben, und Schuldner ist man dort, wo man zu erfüllen hat. An das Schuldigsein knüpft sich der Gerichtsstand, nicht an diesen jenes.

Hierzu kommt, daß sich die l. 20 D. de judiciis, wenn sie sagt:

> Omnem obligationem pro contractu habendam ut ubicunque aliquis obligetur et contrahi videatur quamvis non ex crediti causa,

sich so allgemein ausdrückt, daß wir nicht gehindert sind, sie von der Deliktsobligation mitzuverstehen,[25]) wenngleich der Gerichtsstand derselben vor Justinian allerdings eine nur ganz beschränkte Anwendung hatte.[26]) Es mögen aber Stellen in den Schriften der römischen Juristen wie l. 20 cit. gewesen sein, auf welche gestützt, Justinian behauptet, daß ähnliche Gedanken, wie er sie in der Novelle zum Ausdruck bringen will, schon im früheren Rechte zu finden seien: id quod et ab anterioribus legislatoribus varie quidem dictum est etsi non pure, nec sicut nos illud excogitavimus.

Mehrere Gesetzesstellen sprechen aus, daß bei denjenigen Ansprüchen, welche auf die Restitution individuell bestimmter Sachen gerichtet sind, bei den actiones arbitrariae, und auch, entgegengesetzt dem sonst für die Kondiktionen geltenden Rechte, bei der persönlichen Legatsklage der Schuldner da erfüllen könne, wo die Sache sich ohne seinen Dolus befindet.[27])

Es wäre damit für die bezeichnete Gattung von Obligationen ein gesetzlicher Erfüllungsort am locus rei sitae statuirt, an welchen

---

[25]) Die innere Zusammengehörigkeit des forum contractus i. e. S. und des forum delicti wird schon von den Italienern geltend gemacht; so sagt Azo in seiner Summa zur l. 2 C. de jurisdictione 3, 13: Item sortitur quis forum ratione contractus, ita ut nomen contractus largissime ponatur pro omni pacto, vel quasi contractu. Item ponatur pro delicto vel quasi.

[26]) Für die Noxalklagen und später für das interdictum unde vi.

[27]) l. 38 D. de jud. (5, 1); l. 10, 11, 12 D. de rei vind. (6, 1); l. 11 § 1 D. ad exhib. (10, 4); l. 12 § 1 D. depos. (16, 3); l. 47 pr. § 1 D. de legat I. Nicht hierher gehört jedoch die Bestimmung im H.G.B. Art. 342 Abs. 2; hier wird eine stillschweigende Vereinbarung der Kontrahenten vermuthet.

sich im strengen Verfolg der vorgetragenen Ansicht der Gerichtsstand zu knüpfen hätte.[28]) Das beweist für die actio ad exhibendum das fr. 38 de judiciis:

> Si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet, ubi res est. Et si mobilis sit res ad exhibendum agi cum herede poterit, ut exhibeat rem; sic enim vindicari a legatario poterit.[29])

Im Uebrigen geht eine verbreitete Ansicht[30]) dahin, daß der erwähnte Erfüllungsort lediglich als eine einseitige Vergünstigung des Schuldners eingeführt worden sei, daß dem Rechte desselben, am fraglichen Orte zu leisten, kein Recht des Gläubigers gegenüberstehe, an demselben Orte die Leistung außergerichtlich geschweige denn gerichtlich zu verlangen. Man führt hierfür besonders zwei Gründe an, nämlich erstens den, daß andernfalls schon für die klassische Zeit ein forum rei sitae statuirt würde, und zweitens, daß der Dolus des Schuldners ihm die Möglichkeit der Leistung am locus rei sitae entzöge.

Der erstere Grund beweist allerdings nichts, und zwar deshalb nichts, weil dadurch, daß der Erfüllungsort der Obligation mit dem Ort der Lage des geschuldeten Gegenstandes zusammenfällt, an welchem ein Gerichtsstand für die dingliche Klage begründet ist, der an den Erfüllungsort geknüpfte Gerichtsstand für die persönliche Klage nicht zu einem für die dingliche wird; es sind eben an einem und demselben Orte zwei Gerichtsstände begründet, die auf gänzlich verschiedenen Kompetenzgründen beruhen, für die actio in personam wirkt unmittelbar die Erfüllungsnothwendigkeit, für die actio in rem die Lage der Sache kompetenzbegründend; ob die Lage der Sache der Grund für die Fixirung der Erfüllung an den Ort der Lage

---

[28]) Nach dem Citat des Baldus l. c. bei Auslegung der l. 47 § 1 D. de leg. I. scheint die Frage bereits unter den Italienern streitig gewesen zu sein. Jacobus de Ar. und Guil Durantis sprechen sich dahin aus, quod et ubi res extitit potest peti per actionem ex testamento.

[29]) „Freilich beruht dies auf der Einführung des forum rei sitae" Wach, Grundriß zu Vorlesungen über Civilpr. S. 22.

[30]) Bethmann-H. a. a. O. S. 48; Savigny, System S. 230 ff.; Wetzell, System § 41 Nr. 23 ff.; Windscheid, Pandekten § 282 A. 6 Schon Baldus schließt seine weitläufige Interpretation der l. 38 D. de jud. l. c. mit den Worten: Ex praedictis apparet quod quandoque idem est locus judicii et solutionis (nämlich beim genus legatum) quandoque diversus!

war, ist eine davon wohl zu scheidende Frage. Dagegen ist der zweite der angeführten Gründe eine nicht zu beseitigende Stütze der erwähnten Ansicht. Wirkt der Dolus des Schuldners, daß die Verbringung der Sache vom Ort ihrer Lage die Möglichkeit der Leistuug aufhebt und den Schuldner sogleich auf die Verpflichtung zur Uebergabe der Sache am Orte „ubi petitur" reduzirt, so geht daraus allerdings hervor, daß die Möglichkeit der Prästation der species am Orte der Lage eine bloße Vergünstigung des Schuldners ist.

Was andererseits von den Gegnern dieser Meinung zur Widerlegung derselben angeführt wird, ist nicht durchschlagend. Wenn besonders Albrecht a. a. O. S. 29 ff. sich zum Nachweise dafür, daß die Erfüllung am locus rei sitae nicht nur eine Vergünstigung des Schuldners, sondern eine Pflicht desselben sei, auf den Wortlaut der Quellen, namentlich auf das „ibi dari debet ubi est" in der l. 38 D. de judiciis und ähnliche Ausdrücke beruft, so erscheint dies deshalb nicht zwingend, weil das debere in den Quellen bekanntlich häufig im Sinne des „dürfen" gebraucht wird.

Noch weniger beweist die fragliche Stelle dafür, daß am locus rei sitae die persönliche Klage angestellt werden kann; es soll ja nicht geleugnet werden, daß der Ausdruck petere häufig im Sinne des gerichtlichen Forderns gebraucht wird; ja in der fraglichen Stelle wird er sogar nur in dieser Bedeutung gebraucht; aber dieselbe sagt uns nicht, ob das petere am locus rei sitae zulässig ist; sie sagt uns nur, wo überhaupt geleistet werden kann. Ja ich möchte sagen, in dem ganzen Uebergange von der persönlichen Legatsklage auf die dingliche si autem per in rem actionem legatum petetur etiam ibi peti debet, ubi res est, in der durch das autem hergestellten gegensätzlichen Gegenüberstellung der beiden Arten von Klagen liegt ausgedrückt, daß etwas von dem dinglichen Anspruche gelten soll, was von dem persönlichen nicht gilt; und während von dem letzteren gilt, daß die species legata, auf welche derselbe gerichtet ist, „ibi dari debet, ubi est," nisi dolo malo subducta est, in welchem Falle gegeben werden muß, ubi petitur, gilt von ersterem, daß er auch da eingeklagt werden kann, wo die Sache liegt: etiam ibi peti debet ubi res est; das etiam soll nicht, wie das unmittelbar vorausgehende autem beweist, eine gleichmäßige Behandlung des dinglichen und persönlichen Anspruchs einführen, son-

dern im Gegentheile dem letzteren ein Mehreres zuerkennen, nämlich die Klagbarkeit am locus rei sitae.

Durch das vorstehende Ergebniß wird nichtsdestoweniger das hier vertheidigte Motiv des forum contractus nicht alterirt. Dies würde geschehen sein, wenn der für die bezeichneten Obligationsarten zugelassene Erfüllungsort am locus rei sitae ein wahrer eigentlicher Erfüllungsort wäre; lediglich an diesen ist überall der Gerichtsstand geknüpft worden, nicht an den Erfüllungsort, welcher einseitig zur Begünstigung nur des Schuldners statuirt worden ist; nur da, wo derselbe außergerichtlich zu erfüllen verbunden war, wurde gegen denselben die actio, das jus quod sibi debeatur judicio persequendi gewährt. Ein solcher wahrer Erfüllungsort ist aber, wie wir gesehen haben, in demjenigen, welcher mit dem locus rei sitae zusammentraf, eben gerade nicht zu finden; der Schuldner ist nicht verpflichtet, dort zu leisten, er kann nicht auf das Interesse verurtheilt werden, was der Gläubiger daran gehabt haben würde, wenn ihm dort geleistet worden wäre; liegt dem Schuldner daran, am Klagorte zu erfüllen, so kann er dies gegen den Willen des Gläubigers thun, wenn er die Kosten und Gefahr des Transports dahin trägt; fordert der Gläubiger Leistung am Klagort, will der Schuldner sie dagegen am locus rei sitae, so wird jener erstattungspflichtig für die Kosten und trägt die Gefahr des Transports.

Es erklären sich diese Bestimmungen aus der Natur der in Rede stehenden Obligationen; dieselben gingen nicht eigentlich auf eine wirkliche Thätigkeit des Schuldners; die schuldige Leistung besteht vielmehr nur in einer Passivität des Schuldners, lediglich darin, den Gläubiger nicht zu hindern, die Sache an sich zu nehmen; und hiervon macht nicht einmal die persönliche Legatsklage eine Ausnahme, wenn man die von Savigny (System a. a. O. S. 231 N. x.) aufgestellte Vermuthung akzeptirt, daß die für diesen Anspruch in Frage kommenden Stellen ursprünglich von legatum sinendi modo gehandelt hätten.[31])

Es ergiebt sich: wenn das römische Recht bei den auf Restitution von individuell bestimmten beweglichen Sachen sowie bei der persönlichen Legatsklage auf Herausgabe einer Spezies einen Erfüllungsort am locus rei sitae[32]) annimmt, ohne zugleich einen Ge-

[31]) Wetzell, System § 41 N. 24 und 25.

[32]) Genauer: an dem, wie er sich ohne Dolus des Schuldners herausstellt.

richtsstand an diesen Ort zu knüpfen, so haben wir darin eine Ausnahme von dem auf dem Erfüllungsort basirenden Motiv des Gerichtsstandes der Obligation nicht anzuerkennen. —

Nehmen wir nach dem Vorausgehenden das forum contractus an dem Orte an, wo die Obligation nach stillschweigender Vereinbarung oder gesetzlicher Bestimmung zu erfüllen ist, so entsteht schließlich die wichtige Frage, ob dieses Motiv bei allen Obligationen zu verwerthen ist, näher, ob jeder Obligation ein eigenthümlicher Erfüllungsort anhaftet.

Auch an diesem Punkte unserer Lehre treffen wir auf entgegengesetzte Ansichten; diejenigen Schriftsteller, welche die Frage sammt ihrer Folgerung verneinen, berufen sich darauf, daß in den Quellen der in Rede stehende Fall ausdrücklich vorgesehen sei; wenn derselbe in concreto vorhanden, so falle auch der spezielle Gerichtsstand weg und die obligatorischen Ansprüche seien da geltend zu machen, wo ein allgemeiner Gerichtsstand des Schuldners begründet ist. So sagt, um nur eine der hierher gehörigen Stellen anzuführen die l. 1 D. de annuis legatis:

> Quum in annos singulos quid legatum sit, neque adscriptum, quo loco detur, quocunque loco petetur, dari debet, sicuti ex stipulatu aut nomine facto petatur (Pomponius);[33])

ist also kein Erfüllungsort beredet, so kann er kein forum solutionis nach sich ziehen; es tritt vielmehr das umgekehrte Verhältniß ein, daß der locus solutionis sich nach dem Gerichtsstand richtet.

Die zitirten Stellen beschränken durch ihren Inhalt die praktische Bedeutung des forum contractus dermaßen, daß man sich verpflichtet fühlt, es mit einer Interpretation derselben zu versuchen, welche sie für die gewonnenen Resultate dieser Untersuchung besser verwerthbar macht. Eine solche Auslegung liegt ziemlich nahe; man könnte sagen: die hier in Frage kommenden Stellen bezwecken zunächst und in erster Linie Feststellung eines Erfüllungsortes; den Gerichtsstand finden sie nur, insofern er sich an den gefundenen Erfüllungsort anschließt; so setze die l. 47 § 1 D. de legatis I.

> Sed si id petatur, quod pondere, numero, mensura continetur, si quidem certum corpus legatum est, veluti frumentum

---

[33]) Vgl. noch l. 47 § 1 D. de leg. I; l. 4 D. de cond. trit. 13, 3 u. d. l. 22 D. de reb. cred. (12, 1).

ex illo horreo vel vinum ex apotheka illa, ibi praestabitur, ubi relictum est, nisi alia mens fuit testantis; sin vero non fuit certa species, ibi erit praestandum ubi petitur —

in ihrem ersten Theile den Erfüllungsort für die legirte Spezies fest; im zweiten Satze thut sie dasselbe für das genus legatum und zwar soll dieses dort geleistet werden ubi petitur, d. h. ubi peti potest, wo man die Klagmöglichkeit hat; diese habe man aber da, wo ein allgemeiner Gerichtsstand des Schuldners bestehe, welcher in der Regel der des Domizils sei; das Fragment spreche also aus, daß das genus, für welches der Testator keine andere Anordnung getroffen habe, am Domizil des Erben (bez. da, wo ein anderer allgemeiner Gerichtsstand desselben begründet sei) geleistet werden müsse. An diesen Erfüllungsort knüpfe sich der allgemeinen Regel nach der Gerichtsstand, welcher aber eben nicht auf dem allgemeinen Kompetenzgrunde des Domizils, sondern auf dem speziellen, der durch Gesetz fixirten Erfüllung beruhe.[34])

Ich kann mir jedoch nicht verhehlen, daß man bei dieser Argumentation immer die unerquickliche Empfindung hat, als bewege man sich in einem Zirkel. Die Quellen sprechen zu zahlreich und stereotyp aus, daß gegeben werden muß, ubi petitur, und nicht „wo geklagt werden kann“ ubi peti potest, sie scheinen also den Klagort, nicht die Klagmöglichkeit betonen zu wollen, nicht das materiellrechtliche kompetenzbegründende Moment (Domizil), sondern eben die Thatsache, daß geklagt wird; daß dies nur an bestimmten Orten zulässig ist, kommt zunächst nur für das agere in Betracht und nur als mittelbare Folge davon für das dare. —

Es bedarf kaum der Erwähnung, daß die Bedeutung der ganzen Frage mehr auf materiellrechtlichem, als auf prozessualem Gebiete liegt; sie ist aber in diesem Zusammenhang deshalb von höchstem Interesse, weil sie eine weitere Stütze für das auf den Erfüllungsort der Obligation gegründete forum contractus liefert. Müssen wir nämlich zugestehen, daß das römische Recht überall da, wo es für die Obligation einen Erfüllungsort nicht fand, auf die Annahme eines speziellen Gerichtsstandes für dieselbe verzichtet habe, so folgt daraus unmittelbar, daß eben der Erfüllungsort dasjenige Moment war,

---

[34]) Als ein weiterer Beleg kann wohl auch die in diesem Zusammenhange noch nicht genügend gewürdigte l. 2 C. de jurisd. 3, 13 herbeigezogen werden.

worauf es unter allen Umständen das forum contractus gegründet hat; fehlte ihm dieses Moment im einzelnen Falle, so ließ es sich nicht herbei, das Spezialforum an ein anderes Merkmal des Rechtsverhältnisses, etwa an den Entstehungsort, wenngleich ein solcher immer vorhanden sein mußte, zu knüpfen, sondern gab dasselbe lieber völlig auf. —

Mag nun aber über die berührte materiellrechtliche Frage auf Grund der Quellen ein völlig sicheres Urtheil nicht zu fällen sein, so ist sie doch für das gemeine Recht als entschieden anzusehen. Es ist der Satz: daß in Ermanglung eines der Obligation anhaftenden bestimmten Erfüllungsorts dieser da anzunehmen sei, wo der Schuldner verklagt werden könne, daß sich in diesem Falle der Erfüllungsort nach dem Gerichtsstand richte, nicht rezipirt worden.[35]) — Wie bereits oben zu zeigen Gelegenheit war, lassen sich in den Schriften der deutschen Schriftsteller vom 17. Jahrhundert ab im Großen und Ganzen drei Hauptansichten über das Motiv des Gerichtsstandes der Obligation unterscheiden; sie statuiren das forum entweder am Entstehungsort der Obligation als solchem und lassen nur den vertragsmäßig ausdrücklich fixirten Erfüllungsort als Ausnahme[36]) zu, oder sie stellen den letztern als gleichberechtigt neben den ersteren, oder endlich sie sehen in dem ausdrücklich, stillschweigend oder gesetzlich festgesetzten Erfüllungsort die Regel,[37]) lassen aber in Ermanglung eines solchen den Entstehungsort zur Aushülfe zu und zwar entweder als solchen oder als Erfüllungsort.[38])

Neben diesen Ansichten hat der fragliche Satz keinen Raum finden können; dieselben weisen keine Lücke auf, sie haben für alle Fälle der Obligation einen bestimmten Gerichtsstand; einen Entstehungsort hat natürlich eine jede Obligation; aber auch die

---

[35]) So Mommsen, die Lehre von der Mora S. 225 Abs. 2 (jedoch ohne Belege).

[36]) Für die neuere Praxis vgl. Note 1.

[37]) Unbedingt lassen den Erfüllungsort entscheiden die Erkenntnisse in Seuffert's Archiv 12 Nr. 196; wohl auch das Erkenntniß des O.A.-Gerichts zu Darmstadt 17 Nr. 287; ferner 30 Nr. 184 (Rostock); Entscheidungen des R.O.H.-Gerichts 21 Nr. 102; die sächsischen Erkenntnisse im „Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle v. J. 1848 S. 249 ff. und in der Zeitschrift für Rechtspflege N. F. 26 S. 259.

[38]) Seuffert's Archiv 8 Nr. 294 (Stuttgart); 19 Nr. 268 (Wolfenbüttel) wo der Entstehungsort nur als vermuthlicher Erfüllungsort in Frage kommt.

Vertheidiger des Erfüllungsorts gerathen nie in Verlegenheit, wenn sie subsidiär den Entstehungsort zulassen; das quocunque loco petetur, ibi dari debet wird nirgends mehr erwähnt; es wurde von den Aeltern[39]) wahrscheinlich gar nicht mehr verstanden und erst in neuerer Zeit hat man auf den wahren Sinn jener Quellenstellen wiederum aufmerksam gemacht.[40])

Es ist zu bedauern, daß die Doktrin und Praxis nur zu diesem negativen Resultate gelangt ist; denn negativ ist der Erfolg doch insofern, als an die Stelle des in desuetudinem gebrachten Satzes nicht eine ebenso einheitliche neue Regel gesetzt wurde; einheitlich würden die oben beschriebenen Ansichten dann genannt werden können, wenn sie sämmtlich den Entstehungsort der Obligation, so weit sie denselben bei der Bestimmung des Gerichtsstandes in größerem oder geringerem Umfange zulassen, als Erfüllungsort fühlten, d. h. wenn sie denselben nur in sofern als maßgebend erachteten, als er der in Ermanglung anderer Vereinbarung ein für allemal festgesetzte Erfüllungsort wäre. Es macht sich dieser Standpunkt in der Doktrin und Praxis auch vielfach geltend; so sagt unter Anderen Martini in seinem Commentarius forensis tit. 11 § 2 Nr. 140, 141:

> Ratione contractus autem sortitur aliquis forum ibi, ubi solutionem promisit; . . . locus solutionis intelligitur communiter in quo contractum est, nisi expresse loci cujusdam mentio facta est,

ferner Lauterbach im lib. V. tit. 1 § 47 seines jcti Collegii theoretici practici:

> Si vero de certo solutionis loco expresse nihil fuerit conventum locus, solutionis et contractus ibi censetur, ubi conventio perfecte fuit celebrata

und Grolmann in der in der Anm. angegebenen Weise. Es finden sich noch manche Zeugnisse für diesen Standpunkt in der Doktrin[41])

---

[39]) Anders die italienischen Juristen; sie stehen, so weit ich dies übersehen habe, sämmtlich auf dem quellenmäßigen Standpunkte; vgl. von vielen Stellen nur Baldus a. a. O. zur l. 38 D. de jud., zur l. 47 § 1 D. de leg. I., zur l. 22 D. de reb. cred.

[40]) Vgl. Savigny, System S. 228 ff.; Windscheid, Lehrbuch § 282 Nr. 4; Bayer, Vorträge § 66; Osterloh, Lehrbuch § 80; Wetzell, System § 41 N. 2.

[41]) Von den Neuern vgl. Osterloh, Lehrbuch § 80 N. 8.

und Praxis. Zu einer allgemeinen Anerkennung ist er jedoch nicht gelangt. —

Einige Worte sind noch über das forum delicti zu sagen. Dasselbe hat im gemeinen Recht überall den Zusammenhang mit dem forum contractus aufrecht erhalten in der Weise, daß es als eine Unterart des Gerichtsstandes der Obligation im weitesten Sinne betrachtet wird. Dagegen ist die Anschauung, daß das forum an den locus delicti commissi nur insofern geknüpft wird, als derselbe der durch die Natur der Sache bez. durch Gesetz bestimmte Erfüllungsort der aus dem Delikt entstandenen Verbindlichkeit ist, fast ganz verschwunden. Sie kann natürlich nur bei denjenigen Schriftstellern gesucht werden, welche den Gerichtsstand der Obligation auf den Erfüllungsort gründen, denn überall da, wo der Entstehungsort mehr oder weniger als maßgebend erachtet wird, kommt die aus dem Delikt entspringende Verbindlichkeit zuerst in Frage. Aber auch von jenen halten Einige das Prinzip des Erfüllungsorts für die Deliktsobligation nicht aufrecht; so sagt Lauterbach a. a. O. lib. 5 tit. 1 § 50 geradezu:

> Secundo ex speciali causa reus forum sortitur in loco delicti tam publici quam privati,

sondert also das Motiv des forum delicti vom forum contractus ganz ausdrücklich. — Es mag hierbei von Einfluß gewesen sein, daß man das forum delicti des Civil- und Strafrechts meist zusammen nannte und behandelte. — So viel ich sehe, sind es nur Grolmann a. a. O. § 39 und namentlich Schmidt, welche konsequent bleiben. Letzterer sagt a. a. O. § 48:

> Nach allgemeinen Grundsätzen über den Gerichtsstand obligatorischer Verbindlichkeiten überhaupt ist auch das forum delicti insbesondere an dem Erfüllungsort der Civilobligation ex delicto begründet; dieser aber ist immer der Ort, wo die deliktische oder deliktsähnliche Handlung begangen wurde. —

Ich gelange zu folgendem Ergebnisse:

1) das quellenmäßige Motiv des Gerichtsstands der Obligation ist die durch Vereinbarung, Natur der Leistung oder Gesetz fixirte Nothwendigkeit der Erfüllung an einem bestimmten Ort. Jedoch hat das römische Recht nicht anerkannt, daß eine jede Obligation ihren eigenthümlichen Erfüllungsort und daher auch einen besondern Gerichtsstand hat.

2) das gemeine Recht hat zwar den letztgedachten Satz nicht rezipirt, sondern für jede Obligation einen speziellen Gerichtsstand anerkannt; es ist jedoch nicht dazu gelangt, das römische Prinzip auf alle Obligationen auszudehnen, oder auch nur ein einheitliches anderes zu statuiren; es hat vielmehr neben dem des Erfüllungsortes das des Entstehungsorts zugelassen.

## IV.

Die moderne Gesetzgebung spiegelt die Verschiedenheit der Ansichten in der Doktrin und Praxis über unsere Frage wieder; es ist in ihr zwar das Bestreben unverkennbar, dem Prinzipe des Erfüllungsorts Geltung zu verschaffen, es gelingt ihr dies jedoch in einiger Kontinuität erst in den neuesten gesetzgeberischen Arbeiten; eine ganze Anzahl der älteren Prozeßordnungen dagegen befestigt die Irrthümer und Inkonsequenzen des gemeinen Rechts. So scheint die braunschweigische Pr.O. vom 19. März 1850 § 34 nur den Entstehungsort anerkennen zu wollen. Die preußische A.G.O. entscheidet sich zwar für den Erfüllungsort, jedoch nur, wenn derselbe ausdrücklich beredet ist, sonst läßt sie den Entstehungsort eintreten. Dabei streift sie fast das Prorogationsprinzip, denn sie zählt das forum contractus zu den Fällen, „da wegen einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Einwilligung des Beklagten ein außerordentlicher Gerichtsstand stattfindet.“ (Tit. II § 148) — Die hannöversche Pr.O. vom 8. November 1850 läßt die Kontraktsklagen am Entstehungs- oder Erfüllungsort sogar alternativ zu.[42]) Das oldenburgische Gesetz vom 2./19. November 1857 endlich akzeptirt nicht nur den ausdrücklich, sondern auch den stillschweigend festgesetzten Erfüllungsort, läßt aber nichtsdestoweniger in subsidium immer noch den Entstehungsort zu. Die bayrische Pr.O. vom 29. April 1869 Art. 23 wirft zwar den Entstehungsort ab, verlangt jedoch, daß der Erfüllungsort ausdrücklich oder durch die Natur der Sache fixirt sein muß.[43])

Auf den m. E. richtigen Standpunkt gelangen erst die badische Pr.O. vom 18. März 1864, die württembergische vom 3. April 1868,

---

[42]) Klagen auf Erfüllung oder Aufhebung eines Vertrages — — können bei dem Gericht angebracht werden, in dessen Bezirke der Vertrag zum Abschlusse gekommen ist oder erfüllt werden sollte.

[43]) Ganz seltsam gefaßt ist das forum contr. im baseler Gesetz v. Jahre 1875 § 2.

ferner der preußische (1864), hannöversche (1866) und norddeutsche (1869) Entwurf, welche sämmtlich und unbedingt das Prinzip des Erfüllungsorts zur Geltung bringen, indem sie dabei von der Anschauung ausgehen, daß eine jede Obligation ihren eigenthümlichen Erfüllungsort habe. Dabei lassen die meisten[44]) dieser Gesetze alle Vertragsklagen im forum contractus zu, sowohl die auf Erfüllung als auf Aufhebung des Vertrags, gleichviel ob die Klage aus dem Vertrage selbst entspringt oder nicht, ferner die auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung.

Wenngleich die erwähnten Gesetzgebungen, soweit sie den Gerichtsstand der Obligation auf den Erfüllungsort basiren, auf dem Standpunkte stehen, daß einer jeden Obligation ein solcher anhaftet, so unterlassen sie doch insgesammt, irgendwelche Vorschriften an die Hand zu geben, an welchen Orten die Erfüllung der Obligationen stattzufinden habe; sie überlassen die Beantwortung dieser Frage dem materiellen Recht, beziehentlich der Auslegung des einzelnen Falls. — Wir haben oben gesehen, daß die Quellen sich hiermit ausführlich beschäftigen, so viel, daß sie sogar über der Kasuistik, in die sie sich vertiefen, die wünschenswerthe prinzipielle Normirung des forum contractus vergessen. In besonders zahlreichen Stellen wird ausgeführt, daß die aus einer kontraktlichen oder quasikontraktlichen Verwaltung eigenen oder fremden Vermögens, aus dem Betriebe eines abgeschlossenen Geschäftszweigs, einer besondern Handelsniederlassung entstehenden Verbindlichkeiten da eingeklagt werden können, wo die Administration geführt, die Niederlassung verwaltet wird,[45]) indem sich hieran die Erwartung knüpft, daß die vom Verwalter im eigenen oder fremden Namen übernommenen Verpflichtungen am Orte des Geschäftsbetriebs erfüllt werden sollen.

---

[44]) Die Allgem. G.O. Tit. II. § 151 und die braunschweigische Pr.O. sprechen nur von denen auf Erfüllung und Aufhebung. — Im gemeinen Recht ist die Frage bekanntlich gleichfalls streitig. Die Meisten neigen der Ansicht zu, daß die Klagen auf Aufhebung des Vertrags dann in foro contractus zulässig sind, wenn der Grund der Aufhebung im Kontrakt selbst liegt, wie bei der lex commissoria, dem pactum addictionis in diem oder dem pactum displicentiae; andernfalls wird das for. contr. versagt, so bei der restitutio in integrum mit Beziehung auf die l. 2 C. ubi et apud quem (2, 47); vgl. Wetzell § 41 N. 30; eigenthümlich: Danz, Grundsätze § 31.

[45]) l. 19 § 1 D. de jud. 5, 1; besonders auch § 3; l. 45 pr. ib. l. 4 § 5 D. de edendo (2, 13); l. 54 D. de proc. (3, 3).

Dieser s. g. Gerichtsstand des Geschäftsbetriebs, welcher also lediglich eine Unterart des Gerichtsstands der Obligation darstellt, ist den modernen Prozeßordnungen bei ihrer prinzipiellen Normirung des forum contractus und dem Mangel aller Bestimmungen über den Ort der Erfüllung nicht verloren gegangen, sondern wird von denselben in ausgedehntem Maße angenommen. Er wird gegen den gewährt, welcher zum Betriebe einer Handlung, einer Fabrik oder eines Gewerbes eine Niederlassung hat oder als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter ein Gut bewirthschaftet oder bewirthschaften läßt wegen aller Klagen, welche Ansprüche an die Niederlassung resp. die auf die Bewirthschaftung des Guts sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen an dem Orte, wo sich die Niederlassung oder das Gut befinden.[46])

Dieser Gerichtsstand des Geschäftsbetriebs ist jedoch der alte gemeinrechtliche nicht mehr! Er hat seine frühere spezielle Natur völlig verloren. Es ist vielmehr sämmtlichen genannten Prozeßordnungen karakteristisch, daß sie in ihm mehr oder weniger einen allgemeinen Gerichtsstand, ein forum quasi domicilii erblicken. Dies geben die Protokolle der Kommission zur Berathung des hannöverschen Entwurfs S. 435 ff., die Kommissionsberichte zur württembergischen Pr.O. S. 25 u. s. w. deutlich zu erkennen. Demgemäß weisen die meisten Prozeßordnungen den betreffenden Paragraphen ihre Stellung unter den allgemeinen Gerichtsständen an, so die braunschweigische, württembergische Pr.O. und die sämmtlichen angeführten Entwürfe. Demgemäß hört konsequent der Gerichtsstand auf mit dem Fortfall des Geschäftsbetriebs und der Bewirthschaftung, da damit die Voraussetzungen des partiellen Domizils, des Kompetenzgrunds wegfallen. In dieser Richtung läßt die Ausdrucksweise der zitirten Gesetze keinen Zweifel; sie gestatten insgesammt nur die Erhebung der Klagen, welche Ansprüche an die Niederlassung betreffen, bei dem Gerichte des Orts, „an welchem sich die Niederlassung u. s. w. befindet“ nicht auch „befunden hat“; sie reden sämmtlich im Präsens, sie setzen das Vorhandensein der Niederlassung zur Zeit der Klageanstellung voraus. Dies gilt auch von der bayrischen und ba-

---

[46]) Braunschw. Pr.O. § 27 wegen der Geschäftsbetriebs-Obligationen; badische Pr.O. 32 wegen beider; ebenso württemb. Pr.O. Art. 40; bayr. Pr.O. Art. 25, 26; preuß. Entw. §§ 17, 18; hannöv. Entw. § 16; nordd. E. § 45; deutscher E. I. § 21, II. 22.

dischen Pr.O., wenngleich diese das in Rede stehende Forum ausnahmsweise äußerlich nicht unter die persönlichen allgemeinen Gerichtsstände, sondern unmittelbar hinter das forum contractus stellen, so daß es danach den Anschein haben könnte, als ob sie die gemeinrechtliche Natur des Gerichtsstands aufrecht erhalten wollten. Ja die Regierungsmotive zum § 32 der badischen Pr.O. weisen darauf hin, „daß diese Gerichtsstände, obwohl sie den Aufenthalt theilweise mit zur Grundlage hätten, keine allgemeinen seien, weil sie sich nicht auf alle Klagen ohne Unterschied bezögen, sondern nur auf eine bestimmte Art derselben, und daß sie deshalb unter die besonderen fora gestellt worden seien." Aber alles Dies reicht doch nicht aus, das forum als das gemeinrechtliche der Obligation zu konserviren, so lange an demselben Klagen nur zugelassen werden, während die Niederlassung u. s. w. vorhanden ist; denn das Wesen des forum contractus besteht im Zusammenhang der Obligation mit dem Gerichtsbezirke, und dieser Zusammenhang wird gelöst einzig und allein durch das Erlöschen der Obligation.

Dagegen widerspricht andrerseits der Domizilsnatur des fraglichen Gerichtsstands, daß nur gewisse Klagen gegen den Besitzer der Niederlassung dort erhoben werden dürfen. Sieht man nun einmal ein Quasidomizil desselben am Orte dieses dauernden Aufenthalts, so wäre es nur konsequent, auch für alle Ansprüche den Gerichtsstand daselbst zuzulassen. Ueber dieses Bedenken kommt man allerdings hinweg, wenn man sich zu derjenigen Konstruktion dieses Forums verstehen will, welche in den Protokollen der Kommission zur Berathung des hannöverschen Entwurfs angeboten worden ist, daß die Niederlassung gleichsam als kontrahirendes Rechtssubjekt und der Ort derselben als ihr Domizil anzusehen sei. Gegen die Niederlassung als Rechtssubjekt könnten an deren Sitze allerdings nur Klagen aus Ansprüchen zugelassen werden, welche die Rechtsverhältnisse der Niederlassung betreffen.

Aus der Domizilsnatur des Gerichtsstands der Niederlassung folgt von selbst, daß er, nicht wie der gemeinrechtliche, durch die Fixirung eines selbständigen Erfüllungsorts für die bezüglichen Obligationen ausgeschlossen wird; er konkurrirt nothwendig mit demselben elektiv. —

Ebenso verhält es sich mit dem von der würtembergischen Pr.O. Art. 41, dem deutschen Entwurf (I.) § 20, dem sächsischen Entwurf

§ 85 angenommenen, dem § 4 des Entwurfs eines Rechtshülfegesetzes für die deutschen Bundesstaaten nachgebildeten Gerichtsstand des Aufenthaltsorts. Ein solcher soll begründet sein für Personen, welche an einem Orte, auch ohne daselbst domizilirt zu sein, unter Verhältnissen leben, die ihrer Natur nach einen Aufenthalt von längerer Dauer voraussetzen, so für Studirende, Schüler, Lehrlinge, Handlungsdiener, Gesellen u. s. w. am Orte des Aufenthalts wegen persönlicher Ansprüche aus daselbst entstandenen Verbindlichkeiten. Auch dieses Forum ist nicht an den eventuellen gesetzlich bestimmten Erfüllungsort, sondern an das partielle Domizil geknüpft. Daher dauert es nur so lange, als der Aufenthalt dauert; andererseits wird es nur zugelassen für gewisse Klagen und ferner nur für solche aus Obligationen, welche während der Dauer des Aufenthalts und am Orte desselben entstanden sind. Einige Prozeßordnungen sind konsequenter — die von Braunschweig (§ 25), Hannover (§ 7), Oldenburg (Art. 14, § 4) — und beschränken das Forum nicht auf Ansprüche, welche am Orte und während der Dauer des Aufenthalts dort entstanden sind; sie stellen den aktuellen Aufenthaltsort dem Domizil geradezu gleich. —

Auch hier folgt aus der allgemeinen Natur dieses Gerichtsstands, daß er durch die Festsetzung eines bestimmten Erfüllungsorts nicht ausgeschlossen wird, daß er deshalb mit dem forum contractus elektiv konkurrirt. —

Die besprochenen beiden Gerichtsstände des Geschäftsbetriebs und des Aufenthaltsorts haben demnach eine Zwitternatur von allgemein persönlichem und kontraktlichem Gerichtsstand. Ob dieselben vom Leben gefordert werden, mag dahin gestellt bleiben; es sei aber erwähnt, daß die Kommission zur Berathung des hannöverschen (S. 522—531) und badischen Entwurfs wenigstens den Gerichtsstand des Aufenthaltsorts abgeworfen haben, weil sie ein Bedürfniß für ihn neben dem forum contractus nicht anerkennen konnten. Jedenfalls aber sind sie theoretisch nur schwer zu rechtfertigen und gefährlich deshalb, weil sie die Grenzen des forum generale und speciale allmählich ganz zu verwischen geeignet sind.[47])

In diesem Zusammenhange ist endlich noch zu erwähnen der modernrechtliche Gerichtsstand der Verwaltung fremden Vermögens,

[47]) Vgl. hierüber Wach, Grundriß § 22.

das forum gestae administrationis im engeren Sinne. Er ist nämlich allein für die actio directa des dominus und die actio contraria des Verwalters, nicht für die Klagen Dritter gegen den dominus oder Verwalter begründet, für welche letztere im Sinne der Gesetzgebungen durch den Gerichtsstand des Geschäftsbetriebs, der Niederlassung und durch das forum contractus bereits ausreichend gesorgt ist. Ja einige Prozeßordnungen schließen sogar die actio contraria des Verwalters aus, so die preuß. Allg. G.O. Tit. II. §§ 154, 155 und die braunschweigische Pr.O. § 36. Wie nach gemeinem Recht gilt es den neuern Gesetzen gleich, ob die Verwaltung eine kontraktliche oder quasikontraktliche ist, nur die oldenburgische Pr.O. Art. 17 beschränkt sich auf die letztere.

Auch dieser Gerichtsstand hat nicht die Natur des gleichnamigen gemeinrechtlichen aufrecht erhalten; auch ihm ist der Zusammenhang mit dem Gerichtsstand der Obligation verloren gegangen; er hat sich zum selbständigen speziellen Gerichtsstand herangebildet, gegründet auf die Thatsache der Verwaltung; der Umstand, welcher in den Quellen zur Empfehlung dieses Forums angeführt wird: die Möglichkeit guter Instruktion und Beweisaufnahme beim Gericht am Orte der geführten Verwaltung wird bei den modernen Gesetzgebungen geradezu Prinzip.[48]) Daher die vielseitige Annahme der Ausschließlichkeit dieses Gerichtsstands, wie sie wenigstens bei der gerichtlich aufgetragenen Verwaltung von der preuß. A.G.O. (Tit. II. § 156), der bayrischen (Art. 27) und hannöverschen (§ 11) Prozeßordnung statuirt ist. Für die allmähliche Loslösung vom forum contractus ist ein weiteres Zeugniß, daß eine ganze Anzahl der modernen Gesetzgebungen diesen Gerichtsstand gänzlich aufhören lassen kann, wenn die Verwaltung beendigt und über die Abrechnung quittirt ist, so die preuß. A.G.O. (Tit. II. § 155), die braunschweigische (§ 36), die oldenburgische (Art. 17 § 2) Prozeßordnung; so auch der preuß. Entwurf § 20 Abs. 3. Einen aus einer quittirten Rechnung gebliebenen Rückstand in diesem forum einzuklagen, eine ertheilte Abrechnung dort anzufechten, würde unzulässig sein. Es liegt auf der

---

[48]) So ausdrücklich die Protokolle der Kommission des hannöv. Entwurfs S. 478: „Der Gerichtsstand der geführten Verwaltung beruht auf dem Grundsatze, daß bei demjenigen Gericht, in dessen Bezirk die Verwaltung geführt worden, auch die Rechenschaft über diese am besten zu geben ist, weil man daselbst Alles näher an der Hand hat, was zur Berechnung und Rechenschaftsablage dienlich ist."

Hand, daß sich dies mit dem Wesen des forum contractus nicht verträgt; denn das forum contractus muß so lange wirken, als Ansprüche, welche die Erfüllung der gegenseitigen Verbindlichkeiten zwischen Dominus und Verwalter bezielen, noch nicht erledigt sind.

Wir sahen, daß im römischen Rechte das forum solutionis sowohl für Kontrakte, als auch ganz allgemein für Quasikontrakte bestand. So war durch kaiserliche Konstitutionen ein besonderer Erfüllungsort und auf der Grundlage desselben ein forum solutionis geschaffen worden für die Ansprüche auf Restitution der Fideikommisse und für die der Erbschaftsgläubiger gegen die Fideikommissare. Dieselben sollten dort geltend gemacht bezw. eingeklagt werden können, wo sich der größere Theil der Erbschaft befand. Dieser Gerichtsstand ist durch die modernen Prozeßordnungen als beseitigt anzusehen und zwar deshalb, weil dieselben das forum solutionis nicht mehr für Quasikontrakts- sondern nur noch für Vertragsklagen kennen. Das forum gestae administrationis[49]) hatte sich, wie soeben gezeigt wurde, vom forum contractus gelöst; von anderen quasikontraktlichen Ansprüchen ist aber in den hierher gehörigen Bestimmungen der modernen Gesetzgebungen keine Rede. Das forum solutionis wird, so weit es bei ihnen Anerkennung findet, nur für den Vertrag,[50]) nicht für die Obligation überhaupt angenommen. Zum Ersatz für das erwähnte, für die Ansprüche des Fideikommissars und der Nachlaßgläubiger begründete forum obligationis haben die Partikularrechte allgemein das in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis ausgebildete forum hereditatis im ausgedehntesten Umfange eingeführt. Dasselbe, begründet am letzten Wohnsitz des Erblassers, beruht jedoch nicht auf einem gesetzlich bestimmten Erfüllungsorte, sondern eben lediglich auf dem Wohnsitze des Erblassers, ist eine rein positive Schöpfung, deren Zweck und Veranlassung[51]) einerseits die Rücksicht auf die Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer war, welche man der Nothwendigkeit entheben wollte, ihre Klagen gegen die Erben bei verschiedenen Gerichten anzustellen und andrerseits die Erwägung,

[49]) Dasselbe kommt in diesem Zusammenhange natürlich nur in Betracht, soweit die Administration eine quasikontraktliche ist.

[50]) Unter „Vertrag" in den betreffenden Gesetzesparagraphen etwa ohne Weiteres den Quasivertrag mitzuverstehen, erscheint unzuläßig.

[51]) Ueber die dingliche Natur dieses forum hereditatis im gemeinen Recht vgl. bes. Wach, Grundriß § 24.

daß das Gericht am Domizil des Erblassers zur Entscheidung der fraglichen Rechtsverhältnisse das geeignetste und berufenste sei.

Aehnliche Zweckmäßigkeitsgründe sprachen endlich für die Einführung eines letzten Forums, welches die neueren Gesetzbungen abweichend vom römischen und gemeinen Recht für persönliche Ansprüche geschaffen haben; es ist dasjenige, welches am Gerichtsstand der gelegenen (unbeweglichen) Sache für die Schuldklagen, für die Klagen auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit, für die Klage auf rückständige Leistungen, wenn dieselben in Verbindung mit der dinglichen Pfandklage, der Klage auf Löschung der Hypothek, mit der Klage auf Anerkennung der Reallast erhoben werden, und schließlich sogar für rein persönliche Entschädigungsklagen wegen Beschädigung des Grundstücks und Eviktion begründet ist. Auch dieses Forum beruht nicht auf dem eventuellen am Orte der gelegenen Sache angenommenen Erfüllungsorte, sondern lediglich auf dem Grunde des forum rei sitae selbst; es sind positiv einzelne persönliche Klagen an dem Orte lokalisirt, wo die dinglichen Ansprüche, mit welchem sie Hand in Hand gehen, lokalisirt wurden. War es die Rücksicht auf die Verschiedenheit der Grundeigenthums- und Grundbuchsverhältnisse in den einzelnen Staaten und die Erwägung, daß der Richter am Orte der gelegenen Sache über die einschlagenden Rechtsverhältnisse am besten informirt sei, welche die meisten Staaten veranlaßten, das forum rei sitae für die dinglichen Klagen exklusiv zu machen, so waren es die gleichen Gründe, welche die Einführung eines Gerichtsstands überhaupt am forum rei sitae für die bezeichneten persönlichen Klagen zur Folge hatten. Lag hiernach auch diesem Forum persönlicher Ansprüche das Prinzip des forum solutionis nicht zu Grunde, so folgt hieraus von selbst, daß beide Gerichtsstände elektiv konkurriren.

Der Gerichtsstand der Deliktsobligation wird von den Partikularrechten verschieden aufgefaßt. Von der A.G.O. Tit. II. §§ 177 und 178 wird er überhaupt nur dann zugelassen, wenn der civile Schadensersatzanspruch mit dem Kriminalverfahren adhaerendo geltend gemacht wird. Die übrigen Prozeßordnungen halten den Zusammenhang mit dem forum contractus mehr oder weniger fest; im Anschluß an dasselbe führen ihn die württembergische (A. 44), badische (§ 34) und hannöversche (§ 12) Prozeßordnung auf;[32]) dagegen

[32]) Vgl. auch die R.C.P.O. § 32.

tritt derselbe in der bayrischen und oldenburgischen Prozeßordnung sowie im preußischen Entwurf durchaus als selbständiges Spezialforum auf. Ob diejenigen Prozeßordnungen, welche diesen Gerichtsstand an das forum solutionis anreihen, den locus delicti commissi als locus solutionis für die deliktische Verbindlichkeit fühlen, erscheint mir sehr zweifelhaft. Nur in den Protokollen der Kommission zur Berathung des hannöverschen Entwurfs sehe ich diese Auffassung deutlich hervortreten.[53])

## V.

Die Reichscivilprozeßordnung bildet den konsequenten Abschluß der modernrechtlichen Entwicklung unserer Lehre, indem sie in Uebereinstimmung mit der badischen und württembergischen Prozeßordnung und dem preußischen, hannöverschen und norddeutschen Entwurfe unbeschränkt den Erfüllungsort als maßgebend für das forum contractus anerkennt.[54]) Sie steht dabei, wie alle diese gesetzgeberischen Arbeiten, auf dem Standpunkte, daß sich für jede Obligation ein Erfüllungsort finden lasse; die Bestimmung desselben überläßt auch sie dem materiellen Recht,[55]) und faßt nach dieser

---

[53]) Ein Abgeordneter bemerkt: „die richtige Auffassung (des f. c.) sei folgende: Jeder Richter sei berufen, innerhalb seines Bezirkes das Recht aufrecht zu erhalten und gegen alle Verletzungen desselben seine Hülfe zu gewähren. Wer eine Obligation zu erfüllen unterlasse, verletze das Recht da, wo er hätte erfüllen müssen. Der Gerichtsstand des Vertrags beruhe daher auf demselben Grunde, wie der Gerichtsstand der unerl. Handlung (näml. auf dem Erfüllungsort)." Eine höchst interessante Parallele zu dieser Auffassung findet sich bei Bartolus l. c. zur l. 19 § 1 D. de jud.; er sagt: Quid ergo dicemus, si ego emi ab advena et peregrino roncinum et dedi sibi denarios: ipse non vult dare mihi roncinum: nonne poterit hic conveniri? Tu dicas quod quaedam sunt expedienda tempore contractus, ut traditio equi: ut puta, si dedi tibi pecuniam credens me recepturum rem statim: tunc si non das, videris delinquere .... unde non solum ratione contractus sed ratione delicti commissi in ipso contractu potest conveniri.

[54]) R.C.P.O. § 29: Für Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen, sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung, ist das Gericht des Orts zuständig, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. — Für die Ansprüche aus Wechseln bestimmt der § 566 die Klagbarkeit am Zahlungsorte noch besonders.

[55]) H.G.B. Art. 324, 325, 342. Der Abs. 2 des Art. 325 bestimmt ausdrücklich, daß durch die Vorschrift in Abs. 1, wonach Geldzahlungen dem Gläubiger an den Ort, wo er seine Handelsniederlassung oder seinen Wohnsitz zur Zeit des Vertragsschlusses hatte, zu übermachen seien, nichts an den im Art. 324

Richtung hin ihren Ausdruck so allgemein, daß er alle Möglichkeiten der Fixirung eines Erfüllungsortes deckt: ausdrückliche und stillschweigende Uebereinkunft der Parteien, gesetzliche Bestimmung und Natur der Sache. Sie läßt ferner gleichfalls alle Vertragsklagen am forum solutionis zu und fügt denselben die Präjudizialklage auf Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrages hinzu.

Die R.C.P.O. kennt, wie die Partikularrechte, einen Gerichtsstand der Niederlassung für die aus dem Betriebe einer Fabrik, einer Handlung und eines Gewerbes sowie aus der Bewirthschaftung eines Guts entspringenden Klagen und erblickt, wie aus der Einreihung desselben unter die allgemeinen Gerichtsstände hervorgeht und die Motive ausdrücklich erklären, gleichfalls eine Nachbildung des forum domicilii; die ursprüngliche obligatorische Natur dieses Gerichtsstandes ist, soweit sie sich noch bisher erhalten hatte, völlig aufgegeben, er wird zum reinen forum quasidomicilii, indem das Etablissement dem Wohnsitze gleichgeachtet wird; es muß in Folge dessen auch das letzte schwache Band, welches den fraglichen Gerichtsstand mit dem forum obligationis noch zusammenhielt, verschwinden, nämlich die Beschränkung desselben auf obligatorische Ansprüche; es muß nothwendigerweise ebenso für dingliche Ansprüche,[56]) welche auf den Geschäftsbetrieb Bezug haben, zulässig sein; dem entspricht der Wortlaut des § 22 der R.C.P.O.

---

bestimmten Erfüllungsorten bez. an dem hieran geknüpften Gerichtsstand des Schuldners geändert werden solle; vgl. von Hahn, Komment. zum H.G.B. Art. 325 u. Entscheidungen des R.O.H.G. 22 Nr. 32. Eine solche beschränkende klare Bestimmung fehlt im sächsischen Recht. Der § 707 des bürgerlichen Gesetzbuchs sagt schlechthin: „Die Zahlung einer Geldschuld ist an dem Orte zu leisten, wo der Berechtigte zur Zeit der Entstehung der Forderung seinen Wohnsitz gehabt hat."

Bei diesem Wortlaute kann man wohl kaum anders als das Domizil des Gläubigers als den eigentlichen Erfüllungsort der Geldschuld ansehen. Nach dem frühern sächsischen Prozeßrechte war diese Bestimmung ungefährlich, denn die Anwendbarkeit des f. solutionis war, soweit ein solches anerkannt wurde (vgl. die in der Note 37 angef. Erkenntnisse), an die alternative Voraussetzung: Anwesenheit des Verpflichteten im Gerichtsbezirke zur Zeit der Klageerhebung oder Vorhandensein von Vermögenstücken desselben gebunden. Bei dem Wegfall dieser Bedingungen im Reichsprozeßrecht droht eine Ausbeutung des § 707 den Satz actor forum rei sequitur ganz aufzuheben.

[56]) S. Seuffert, Kommentar zur R.C.Pr.O. zu § 22 Nr. 5; Struckmann u. Koch, zu § 22 Nr. 2.

So ist ferner der von den Partikulargesetzgebungen eingeführte Gerichtsstand des Aufenthaltsorts für Ansprüche gegen Personen, die sich unter Verhältnissen an einem Orte aufhalten, welche ein Verbleiben von längerer Dauer voraussetzen, auch von der R.C.P.O. angenommen worden; dieselbe hat aber auch diesem Gerichtsstand die letzten Beschränkungen abgestreift, welche noch an seinen Ursprung vom forum obligationis her erinnerten; sie fordert weder, daß die Ansprüche, welche daselbst eingeklagt werden, auch dort entstanden sind, noch daß sie obligatorische sind; nur vermögensrechtliche haben sie zu sein; sie verwirft diese Beschränkungen wegen ihrer kasuistischen und nicht prinzipiellen Natur, und die Motive erklären ausdrücklich, daß dieser Gerichtsstand seinen wirklichen Werth erst erhalte durch seine Erhebung zum Quasidomizil.

Wenn die R.C.P.O. hierdurch die beiden Fora der Niederlassung und des Aufenthalts ihrer Zugehörigkeit zum Gerichtsstand der Obligation ganz beraubt und zu völlig selbständigen Kompetenzgründen erhoben hat, so muß doch anerkannt werden, daß ihre Schöpfung innerlich konsequent ist und daß jene Gerichtsstände von ihrer Mischnatur befreit worden sind, die sie bisher in den meisten Gesetzgebungen noch mehr oder weniger an sich hatten, und in Folge deren sie die Grenzen zwischen dem speziellen Gerichtsstand der Obligation mit dem allgemeinen persönlichen ganz zu verwischen drohten. Die erwähnten Beschränkungen waren in der That bei der Entwicklung, welche die Gesetzgebung von ihren Gesichtspunkten nun doch genommen hatte, unpraktisch und widerspruchsvoll. Die beiden Gerichtsstände verdanken die Ausdehnung, bezw. Umbildung, welche sie in dem Partikularrechte erfahren haben, offenbar dem Bedürfniß, für eine große Gattung von Obligationen ein in seinen Voraussetzungen leicht bestimmbares Forum zu gewinnen; ein solches ist nun aber das forum contractus, namentlich wenn es auf sein richtiges Motiv, den Erfüllungsort, basirt wird, keinesfalls. Die Frage, wo derselbe im einzelnen Falle anzunehmen ist, bietet der Entscheidung häufig die größten Schwierigkeiten, so daß in vielen Fällen der Gerichtsstand ganz illusorisch wird. Es lag daher nahe und ist sicher nicht ungerechtfertigt, das besondere Forum für diese Gattung von Obligationen an die leicht erkennbaren Voraussetzungen des Quasidomizils zu knüpfen. Verwirrend wurde dabei nur, daß die beiden Gerichtsstände sich anfangs von dem Einflusse ihrer Abstammung nicht völlig

loszulösen vermochten und daher eine unklare Mittelstellung zwischen dem speziellen und dem allgemeinen Gerichtsstande einnahmen. Die R.C.P.O. hat diese Trennung zu Stande gebracht und damit wiederum eine durchaus klare Scheidung zwischen dem forum contractus und dem forum domicilii hergestellt. Welche Bedenken sich gegen diesen Begriff des partiellen Domizils ergeben, ist eine andere hier nicht zu erörternde Frage.[57])

Anders ist dagegen das forum gestae administrationis behandelt worden. Schon die äußere Anordnung, die Einreihung desselben zwischen den Gerichtsstand für Meß- und Marktsachen und den des Delikts zeigt, daß sie diesem Gerichtsstande die ursprüngliche Natur bewahren will. Sie weiß aber ferner auch nichts von einer Beschränkung desselben auf die Dauer der Verwaltung,[58]) so daß derselbe, der Eigenthümlichkeit des forum contractus entsprechend, für die bezüglichen Ansprüche auch nach Wegfall derselben noch zulässig ist. — Eben so wenig kennt die R.C.P.O. eine Ausschließlichkeit desselben, nicht einmal in dem Falle, wenn die Verwaltung in Folge behördlicher Anordnung stattfindet.

Diese Freiheit, welche die C.P.O. dem forum gestae administrationis zugesteht, berechtigt zu dem Schlusse, daß sie, wie dies das römische Recht that, nicht sowohl in der Thatsache der Verwaltung selbst[59]) den eigentlichen Grund dieses Gerichtsstandes sieht, sondern in der an dem Orte derselben lokalisirten Erfüllung der aus der Administration entstehenden Verpflichtungen.

Wiederholt hiernach der § 31 allerdings lediglich den § 29 in seiner Anwendung auf eine bestimmte Art von obligatorischen Ansprüchen, so wäre er an sich wohl ganz entbehrlich; man verzichtet

---

[57]) Vgl. hierüber bes. Albrecht a. a. O. S. 7 ff.

[58]) § 31 der R.C.P.O. Für Klagen, welche aus einer Vermögensverwaltung von dem Geschäftsherrn gegen den Verwalter oder von dem Verwalter gegen den Geschäftsherrn erhoben werden, ist das Gericht des Orts zuständig, „wo die Verwaltung geführt ist".

[59]) Allerdings begründen die Motive die Beschränkung dieses Gerichtsstands auf die actiones directae und contrariae zwischen dominus und Verwalter mit den Worten: „Für die Klagen dritter Personen aus der geführten Verwaltung ist dieser besondere Gerichtsstand kein Bedürfniß;" es ist dies jedoch wohl nicht im Sinne einer Gegenüberstellung der beiden Fora gesagt; man wollte nur andeuten, daß kein Interesse vorlag, für die Vertragsklagen Dritter einen Erfüllungsort gesetzlich zu bestimmen.

jedoch auf die besondere Normirung dieses Gerichtsstandes deshalb nicht gern, weil gerade bei den hier in Frage kommenden Obligationen gewisse Zweckmäßigkeitsgründe[60]) dafür sprechen, durch gesetzliche Regel die Streitigkeiten über die Bestimmung des Erfüllungsortes abzuschneiden bezw. möglichst zu vermindern; man steht zugleich unter dem Einflusse des Herkömmlichen, denn die gemeinrechtliche Wissenschaft und Praxis hat das forum gestae administrationis aus dem Gerichtsstand der Obligation als Spezialforum herausgehoben und die modernen Gesetzgebungen haben dasselbe, wie wir sahen, nicht nur als solches durchgängig beibehalten, sondern schärfer entwickelt.

Besteht demnach das Wesen des § 31 darin, zu Gunsten der Administrationsobligationen eine Rechtsvermuthung aufzustellen für die Bestimmung des Erfüllungsorts, so ist diese Vermuthung doch keine praesumtio juris et de jure, da durch diese Annahme eine Ausschließlichkeit des forum gestae administrationis hingestellt würde, für welche das Gesetz keine Veranlassung giebt;[61]) sie wird vielmehr jederzeit durch die Beredung eines anderweiten Erfüllungsorts unwirksam gemacht und das forum vom Ort der Verwaltung auf diesen übertragen. Die zweite Alternative dagegen, beide fora in der Weise konkurriren zu lassen, daß bei ausdrücklicher, durch Parteiwillen erfolgender Festsetzung eines Erfüllungsorts für die aus der Administration entspringenden Verbindlichkeiten ein forum solutionis nach § 29 und außerdem ein forum gestae administrationis nach § 31 bestehen könnten, scheint mir unerträglich und ist selbstverständlich für denjenigen, welcher, wie hier geschehen, das forum gestae administrationis auf das Motiv des Erfüllungsorts zurückführt, unmöglich.

Die aus der Verwaltung entstehenden Ansprüche sind die einzigen quasikontraktlichen, für welche die Prozeßordnung ein forum solutionis anerkennt. Daher ist auch in ihr, wie in den Partikulargesetzgebungen jener römisch-rechtliche Gerichtsstand der Obligation für die Ansprüche des Fideikommissars und der Erbschaftsgläubiger weg-

---

[60]) l. 2 C. ubi de ratioc. (3, 21): . . . . in quo et instructio sufficiens et nota testimonia et verissima possunt documenta praestari.

[61]) Die R.C.P.O. läßt in der Wahl und Konkurrenz der Gerichtsstände die größte Freiheit zu; da wo sie Exklusivität annehmen will, bestimmt sie dies ausdrücklich, vgl. §§ 25, 547, 568, 594, 606, 617, 621, 629, 707.

gefallen, welcher auf den am Orte, „ubi major pars hereditatis erat“ gesetzlich begründeten Erfüllungsort basirte; er ist aufgezehrt durch jenen Gerichtsstand der Erbschaft, den die C.P.O. in gleichem Umfange, wie das Partikularrecht im § 28 geschaffen hat. Es ist selbstverständlich übrigens, daß dieselbe nicht zugleich mit der prozessualen auch die materiellrechtliche Bedeutung dieses Erfüllungsorts hat beseitigen können. —

Einen Gerichtsstand für persönliche Klagen am Orte der belegenen unbeweglichen Sache hat die C.P.O. in derselben Ausdehnung wie die neuern Prozeßordnungen in den §§ 26 und 27 anerkannt; maßgebend waren für die Kreirung desselben die nämlichen Zweckmäßigkeitsgründe, wie sie bei der Besprechung der modernen Prozeßgesetzgebung ausgeführt wurden.

Es erübrigt noch, das Verhältniß eines von der R.C.P.O. neu eingeführten Gerichtsstands, nämlich desjenigen für Meß- und Marktsachen zu dem des Vertrags überhaupt zu betrachten.

Der § 30 lautet:

> Für Klagen aus den auf Messen und Märkten, mit Ausnahme der Jahr- und der Wochenmärkte, geschlossenen Handelsgeschäften (Meß- und Marktsachen) ist das Gericht des Meß- und Marktorts zuständig, wenn die Erhebung der Klage erfolgt, während der Beklagte oder ein zur Prozeßführung berechtigter Vertreter desselben am Orte oder im Bezirke des Gerichts sich aufhält.

Für die Bestimmung des Motivs dieses Gerichtsstands sind offenbar nur zwei Möglichkeiten gegeben; man kann denselben als eine Unterart des Gerichtsstands des Vertrags überhaupt betrachten und ihn daher auf dasselbe Prinzip wie das des letztern zurückführen, oder man hält sich streng an den Ausdruck des § 30, der das Forum für Klagen aus den „am Meß- und Marktort geschlossenen“ Verträgen normirt, und findet demnach den Grund desselben in der Thatsache des Kontraktsabschlusses am Meß- und Marktorte.

Folgt man der erstgenannten Möglichkeit, so ist auch die Bedeutung des § 30 darin zu finden, eine Rechtsvermuthung dafür aufzustellen, wo für die auf Messen und Märkten abgeschlossenen Verträge der Erfüllungsort anzunehmen ist; dabei könnte wiederum gestritten werden darüber, ob diese Vermuthung durch den Gegenbe-

weis zu beseitigen wäre, oder ob sie eine solche Widerlegung nicht zulasse, also eine praesumtio juris et de jure darstelle.

Gegen die Auffassung, daß der § 30 eine einfache Rechtspräsumtion für den Erfüllungsort aufstelle, spricht der ganze Zweck des Gesetzes. Der spezielle Gerichtsstand für Meß- und Marktsachen wurde eingeführt, um für die bezüglichen Rechtsstreitigkeiten die nothwendige Beschleunigung des Verfahrens und die richtige Würdigung der am Meßorte bestehenden Usancen zu ermöglichen.[62]) Dieser Zweck würde aber gänzlich vereitelt werden, wenn durch den bloßen Beweis, daß der Erfüllungsort in concreto an einem dritten Orte anzunehmen sei, die Kompetenz des in § 30 bestimmten Gerichtsstands ausgeschlossen würde.

Gegen die Annahme, daß der § 30 eine Rechtsvermuthung aufstelle, die den Gegenbeweis nicht zulasse, macht sich, wie oben beim forum gestae administrationis geltend, daß damit die elektive Konkurrenz des Gerichtsstandes für Meß- und Marktsachen mit dem des Vertrags völlig ausgeschlossen würde, eine Annahme, die auch hier im Gesetze keinen Anhalt findet.[63]) — Die Ausschließlichkeit steht überdies dem Sinn der Prozeßordnung entgegen. Die Anwendbarkeit des § 30 ist an die Voraussetzung geknüpft, daß die Insinuation der Klage an den Beklagten oder an einen zur Prozeßführung berechtigten Vertreter im Gerichtsbezirke möglich ist. Diese aus dem gemeinen Recht herübergenommene Beschränkung, welche mit dem forum contractus begrifflich nichts zu schaffen hat, ist allenfalls gerechtfertigt, wenn sie eine durch die Einführung eines besondern Gerichtsstandes für Meß- und Marktsachen neben dem des Vertrags geschaffene außerordentliche Bevorzugung dieser Verträge einigermaßen mindern soll; sie ist dagegen unbegreiflich und widersinnig, wenn sie die fragliche Gattung von Verträgen allen übrigen hintansetzen soll, was sie in der That bewirkt, wenn die Konkurrenz der Gerichtsstände im § 29 und 30 verneint wird.

Das Motiv des im § 30 der Pr.O. normirten Gerichtsstandes

---

[62]) Vgl. Motive zu § 30 S. 414.

[63]) A. M. Schultze, über Gerichtsstand und Urkundenbeweis in der krit. Vierteljahrsschrift 1876 S. 220, welcher der Ansicht ist, daß die Pr.O., wenn sie die Konkurrenz der beiden Gerichtsstände zulassen wollte, das hätte sagen müssen. Es ist dies deshalb ungerechtfertigt, weil, wie bereits erwähnt, das Gesetz die freieste Konkurrenz ihrer Gerichtsstände zugesteht.

für Meß- und Marktsachen ist daher im Abschlusse dieser Kontrakte am Meß- und Marktort zu suchen.

Es ergiebt sich:

Die Reichscivilprozeßordnung gründet das forum contractus auf zwei Motive:

1) auf den Erfüllungsort für alle Verträge und für die aus dem Quasikontrakt entstehenden Verbindlichkeiten zwischen Geschäftsherrn und Verwalter und
2) auf den Entstehungsort für die auf Messen und Märkten geschlossenen Handelsverträge, Meß- und Marktsachen.

# Aus der Praxis.

## A. Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts.

1. In der Nichtigkeitsbeschwerdesache Frohnecke wider Roterberg hat das Reichsgericht (V. Civilsenat) durch Urtheil vom 20. Dezember 1879 den Grundsatz ausgesprochen, daß der Vorzug, welchen A.L.R. I. 7 § 74 der körperlichen Uebergabe im Verhältniß zu der Uebergabe bloß durch Anweisung oder durch Zeichen gewährt, nicht auf die Uebergabe durch Willensäußerung, ins Besondere nicht auf den Fall des § 71 ibid. auszudehnen ist, weil der Wortlaut der §§ 74 bis 76 cit. zu Zweifeln keinen Anlaß giebt, und die Stellung derselben im System des Gesetzbuches eine dem Wortsinn widersprechende Auslegung nicht rechtfertigt.

(Entgegen der Ansicht des früheren preuß. Ober-Tribunals cf. Striethorst Arch. Bd. 48 S. 21, Entscheidungen Bd. 83 S. 1).

2. In der Nichtigkeitsbeschwerdesache Baumann wider Wesenfeld hat das Reichsgericht (I. Hülfssenat) durch Urtheil vom 25. November 1879 in Auslegung des § 41 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb den Grundsatz angenommen:

> Bei der Veräußerung eines mit Hypotheken belasteten Grundstücks erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber, welcher die Hypothekenschulden in Anrechnung auf das Kaufgeld übernimmt, im Augenblicke des Ueberganges des Eigenthums am Grundstücke die persönliche Klage wegen der zu Grunde liegenden Schuldverbindlichkeit, ohne daß er seinen Beitritt zu dem Veräußerungsvertrage ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen zu geben nöthig hat.

(Opp. Achilles, Komment. z. Eigth.-Erw.-Gesetz § 41.)

3. In der Beschwerdesache Heckscher wider Böhmer und Genossen hat das Reichsgericht (III. Civilsenat) durch Beschluß vom 11. November 1879 angenommen, daß das Rechtsmittel der weitern Beschwerde ausgeschlossen ist, wenn zwei gleichlautende Entscheidungen der untern Instanzen vorliegen. Der Umstand, daß der zweite

Richter neu eingeführte Thatsachen zur Begründung des vom Beschwerdeführer gestellten Antrages nicht für geeignet hält, bildet keinen neuen selbständigen Beschwerdegrund im Sinne des § 531 Abs. 2 der Civilprozeßordnung.

---

## B. Einzelne Rechtsfälle.

### Nr. 13.

**Begriff des gemeinen und des außerordentlichen Werthes einer Sache.**

A.L.R. I. 2 §§ 112, 114, I. 11 § 9. Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum vom 11. Juni 1874 §§ 7 ff.

In der Prozeßsache Görlitz wider Kühnemann hat das Reichsgericht (V. Civilsenat) in dem Erkenntniß vom 19. November 1879 sich über den Begriff des gemeinen und des außerordentlichen Werthes einer expropriirten Sache dahin ausgesprochen:

Da das in Frage stehende Enteignungsverfahren vor dem Erlaß des Gesetzes vom 11. Juni 1874 über die Enteignung von Grundeigenthum eingeleitet ist, so finden nach § 55 dieses Gesetzes auf den vorliegenden Fall die bisherigen gesetzlichen Vorschriften mit der Modifikation Anwendung, daß gemäß § 40 desselben über die Beweisfrage die freie richterliche Ueberzeugung entscheidet.

Bei der Bestimmung des Preises für enteignete Grundstücke ist nach A.L.R. I. 11 § 9 nicht bloß auf den gemeinen, sondern auch auf den außerordentlichen Werth derselben Rücksicht zu nehmen, immer aber nur der zur Zeit der Enteignung bereits vorhandene, nicht aber der Werth in Betracht zu ziehen, welchen sie durch eine zwar mögliche, bisher jedoch nicht angewendete Benutzungsweise künftig hätten gewinnen können. (Vergleiche Striethorst Archiv Bd. 80 Seite 25).

Den gemeinen Werth einer Sache bildet nach § 112 I. 2 das. der Nutzen, welchen sie einem jeden Besitzer gewähren kann. Er entspricht daher regelmäßig dem Kaufpreise, welcher dafür im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach ihrer objektiven Beschaffenheit, ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder lediglich persönliche Verhältnisse, also eben — von Jedermann zu erzielen ist.

Zur Rechtfertigung eines Anspruchs auf den gemeinen Werth ist deshalb der Nachweis erforderlich und ausreichend, daß sich in der regelmäßigen Uebung des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs ein

konstanter Preis thatsächlich gebildet hat. Dagegen genügt es hierzu nicht, den Beweis zu führen, daß mit Rücksicht auf die Verwendbarkeit einer Sache zu diesem oder jenem Zwecke ein gewisser Preis für dieselbe rationell sein würde, denn so lange dieser nicht in dem bisherigen Verkehr auch thatsächlich als angemessen anerkannt ist, kann derselbe trotz seiner innern Berechtigung nicht von jedem Besitzer der Sache durch deren Verkauf ohne Weiteres erzielt werden.

Der außerordentliche Werth einer Sache erwächst nach § 114 a. a. O. aus der Berechnung des Nutzens, welchen dieselbe nur unter gewissen Bestimmungen oder Verhältnissen leisten kann. Im Gegensatz zum gemeinen Werthe setzt derselbe daher einen Nutzen voraus, welcher nicht von jedem, sondern nur von einem bestimmten Besitzer, vermöge besonderer, gerade ihn betreffender Bestimmungen oder zufolge eigenthümlicher, nur in seiner Person zutreffender Verhältnisse erzielt werden kann. Oder mit andern Worten, während für den gemeinen Werth nur die objektive Beschaffenheit der Sache in Betracht kommt, erscheinen für die Ermittelung ihres außerordentlichen Werths die subjektiven Verhältnisse ihres jeweiligen Besitzers als maßgebend (vergleiche die Entscheidungen des preußischen Ober-Tribunals Band 73 Seite 155).

Der Anspruch des Besitzers einer Sache auf deren außerordentlichen Werth karakterisirt sich danach in Wirklichkeit als ein Entschädigungsanspruch, gerichtet auf Erstattung des Schadens, welcher durch deren Entziehung eben diesem bestimmten Besitzer vermöge seiner besonderen Verhältnisse erwachsen, oder des Gewinnes, welcher ihm dadurch in Folge dieser Verhältnisse entgangen ist, während er denselben ohne die erfolgte Entziehung der Sache nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder vermöge gewisser schon getroffener Anstalten mit Sicherheit erwarten konnte. (Vgl. A.L.R. I. 6 § 6.)

Zu seiner Substanziirung ist daher auch die Darlegung der in Betracht kommenden besonderen Verhältnisse des Besitzers, der Nachweis des Kausalnexus zwischen dem Verlust der Sache und dem Schaden beziehentlich der Entziehung des Gewinnes und, wie der § 114 a. a. O. sich zutreffend ausdrückt, eine bezügliche Berechnung erforderlich. (Die Anwendung dieser Grundsätze auf den gegebenen Fall bietet kein allgemeines Interesse.)

---

## Nr. 14.

### Beweislast bei auflösenden Bedingungen.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 15. Dezember 1879 in Sachen Friedländer wider Korth.)

Der Grundsatz, daß denjenigen, welcher die Beifügung einer auflösenden Bedingung behauptet, die Beweislast trifft, wird bei Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß des früheren preuß. App.-Gerichts zu Marienwerder ausgeführt mit folgenden

Gründen:

Der Satz:

daß der Kontrahent, welcher behauptet, daß dem Vertrage eine auflösende Bedingung beigefügt sei, dies zu beweisen hat,

ist vom Appellationsrichter zutreffend begründet; es kann dieser Begründung nur beigetreten werden. Auch wenn man die auflösende Bedingung nicht gerade mit einem auf die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gehenden Nebenvertrage identifiziren will, so haben doch beide das Gemeinsame, daß ihre aufhebende Wirkung von dem Eintritt einer Thatsache abhängig gemacht ist. Wie derjenige, welcher die Aufhebung auf Grund eines Nebenvertrages geltend macht, den Abschluß und Inhalt solchen Vertrages zu beweisen hat, so hat der, welcher eine auflösende Bedingung behauptet, die Verabredung einer solchen darzuthun. (Vgl. die Entscheidung des Oberhandels-Gerichts vom 24. Mai 1871 Bd. 2 der Sammlung Seite 92.)

---

## Nr. 15.

### 1. Eine Versicherungsgesellschaft darf den von ihrem Agenten mit einem Versicherten abgeschlossenen Vertrag nur ganz annehmen oder ablehnen. Daß der Agent seine Vollmacht überschritten, oder daß er den Vertrag mit andern, als den verabredeten Bedingungen der Gesellschaft überreicht hat, ist ohne Bedeutung.

### 2. Begriff der mündlichen Nebenabrede.

A.L.R. I. 13 §§ 85 bis 96, I. 5 §§ 127 bis 129.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 11. November 1879 in Sachen hannoversche Lebensversicherungs-Anstalt wider von Oppenfeld.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Zahlung einer Prämie und einer Policegebühr im Gesammtbetrage von 1023 Mk. 5 Pf. gegen Empfangnahme der Police aus einem angeblich mit ihr unter Vermittelung des Subdirektors der klagenden Anstalt G. zu B. abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrags. Der Beklagte bestreitet den Abschluß dieses Vertrags, indem er einwendet,

> daß vor und bei der Unterschrift des Versicherungsantrags vom 13. November 1876 zwischen dem Generalagenten der klagenden Anstalt G. und ihm ausdrücklich verabredet worden sei, der von ihm zu unterzeichnende Antrag solle nur dann in Wirksamkeit treten, wenn Klägerin die Beleihung des dem von M. gehörigen Guts K. mit mehr als 60,000 Mark fest zugesagt haben würde, welche Bedingung nicht erfüllt worden sei.

Letzteres ist unbestritten. Den Abschluß eines Vertrags des ebengedachten Inhalts hat aber der vorige Richter, nachdem der Vertrag seinem ganzen Umfange nach von dem Zeugen von M. eidlich bestätigt worden, auf den Erfüllungseid des Beklagten gestellt, indem er die Einrede für rechtlich begründet erachtet und insonderheit die beiden dagegen erhobenen Angriffe als grundlos zurückweist, nämlich:

1. daß die fragliche Abrede als eine „mündliche Nebenabrede“ nicht berücksichtigt werden dürfe,
2. daß der Subdirektor G. zur Ertheilung einer solchen Zusicherung gar nicht ermächtigt gewesen, die Klägerin daher auch an seine desfallsigen Erklärungen nicht gebunden sei.

In beiden Beziehungen glaubt die Implorantin die Verletzung des Gesetzes rügen zu können: in ersterer Hinsicht die der §§ 127, 128, 129 I. 5, in letzterer die der §§ 85, 90, 91, 92, 96 I. 13 des A.L.R. Nach beiden Richtungen jedoch ohne Grund.

Der Beklagte exzipirt nicht: neben dem zwischen G. Namens der Klägerin und ihm verhandelten und alsdann in dem Antrag niedergelegten Vertrag ist mündlich eine Bedingung des fraglichen Inhalts verabredet worden, sondern der Vertrag ist gar nicht so, wie niedergeschrieben, verabredet und ausgänglich abgeschlossen worden, sondern auf wesentlich anderer Grundlage, nämlich insofern, als die Klägerin außer der Versicherung noch eine ganz andere Verpflichtung von der schwerwiegendsten Art übernommen hat. Das ist keine Nebenverabredung im Sinne der §§ 128 und 129 a. a. O.

d. h. keine Verabredung über einen Nebenpunkt, die den Inhalt über das Wesentliche des Vertragsverhältnisses unberührt läßt, sondern eine solche, die diesen Inhalt völlig alterirt. Der Beklagte schützt also nicht eine Einrede auf Grund einer mündlichen „Nebenabrede", sondern die Einrede der anders verhandelten als niedergeschriebenen Sache vor. Diese ist selbstverständlich nicht durch die schriftliche Abfassung des wirklich gewollten Vertrags bedingt und der § 127 a. a. O. auf sie unanwendbar.

War die Zusage eines Darlehns ein wesentlicher Theil des Vertrags und hatte der G. dieselbe Namens der Klägerin gemacht, so kann letztere nicht die für sie gemachte Zusage ablehnen und doch zugleich im Uebrigen die Offerte annehmen. Von einem Verstoß gegen die §§ 90, 91, 92, 96, 85 a. a. O. kann nicht die Rede sein. Denn daraus, daß der Machtgeber durch die Handlungen des Bevollmächtigten insoweit nicht verpflichtet wird, als dieser die Grenzen des Auftrags überschreitet, folgt nicht, daß Ersterer das vom Bevollmächtigten abgeschlossene Geschäft theilen und sich dasselbe, soweit es der Vollmacht entspricht, als berechtigend aneignen, soweit es aber über sie hinausgeht, als unverbindlich ablehnen könnte. Vielmehr würde ein solches Verfahren mit §§ 142 und 143 das. in Widerspruch treten. Die Implorantin meint diese schon vom vorigen Richter ihr entgegengestellte Erwägung beseitigen zu können durch die Hinweisung darauf, daß G. den Versicherungsvertrag zwar mit dem Beklagten vermittelt, nicht aber mit ihm abgeschlossen habe, dieser Abschluß vielmehr direkt zwischen ihr und dem Beklagten und zwar in der Weise erfolgt sei, daß Beklagter ihr seinen Antrag habe zugehen lassen und sie solchen akzeptirt habe. Dieser Antrag enthalte von der angeblichen Gegenverpflichtung der Klägerin nichts, der Vertrag sei also ohne solche geschlossen, der Beklagte aber mit seinen Ansprüchen lediglich an G. zu verweisen, welcher eigenmächtiger Weise Zusicherungen gemacht habe. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird aber durch diese Deduktion nicht haltbarer. Wenn der Beklagte bei dem G. seinen Antrag wirklich nur mit der mehrgedachten Beschränkung zur Uebermittelung an die von ihm vertretene Anstalt stellte, so konnte diese ihn auch nur mit solcher Beschränkung akzeptiren, gleichviel ob sie von der fraglichen Abrede Kenntniß erhalten oder nicht, gleichviel namentlich, ob der schriftliche Antrag ihr von G. bedingt oder unbedingt lautend übermittelt wurde. A.L.R. I. 5

§ 83, wodurch sich zugleich die Berufung des Imploranten auf § 78, 79, 82 daselbst erledigt. Nur wenn nach den obwaltenden Umständen anzunehmen wäre, daß der Beklagte in und mit der Ueberreichung eines die fragliche Abrede gänzlich ignorirenden Antrags an die Direktion der klagenden Anstalt — zumal wenn er sie selbst bewirkt hätte, aber auch, wenn G. sie vermittelte — von der ursprünglich gestellten Bedingung thatsächlich abgegangen sei, wäre vielleicht der Deduktion der Implorantin beizutreten gewesen. Allein an Feststellungen in der obigen Richtung fehlt es in dem angefochtenen Urtheil. Unter allen Umständen liegt soviel am Tage, daß eine wegen Verletzung der Rechtsgrundsätze über den Vollmachtsauftrag (§ 90 ff. a. a. O.) erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nicht durch die Hinweisung darauf gestützt werden kann, daß der fragliche Vertrag nicht durch einen Bevollmächtigten sondern direkt zwischen den Parteien selbst geschlossen worden sei.

---

## Nr. 16.

**Wirkungen eines mündlichen Vertrages, wenn gesetzlich schriftliche Form vorgeschrieben ist. Das Recht der Anfrufung steht nur den Kontrahenten selbst und deren Erben zu.**

A.L.R. I. 5 §§ 135, 146, 155 ff.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 24. November 1879 in Sachen Schwerdtfeger wider von Schmeling.)

Auf die Revision der Beklagten ist das Erkenntniß des preuß. Revisions-Kollegiums theils bestätigt, theils abgeändert. Ueber die Wirkung der mündlichen Verträge finden sich in den Gründen des III. Urtheils folgende

Sätze:

Es ist richtig, daß das gedachte Abkommen nach dem A.L.R. I. 5 § 135 und I. 10 §§ 15 bis 17 der schriftlichen Form bedurft hätte. Auch darin ist dem Appellationsrichter beizutreten, daß die Unanfechtbarkeit des nur mündlich getroffenen Abkommens sich deshalb, weil es erfüllt ist, aus dem A.L.R. I. 5 § 146 nicht herleiten läßt, da dieser § sich nur auf Verträge über bewegliche Sachen bezieht. Insofern geht der Appellationsrichter aber zu weit, als er hieraus folgert, daß das mündliche Abkommen bei dem Mangel eines schriftlichen Anerkenntnisses für die Kläger völlig unverbindlich ist.

Auch in den Fällen, wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, ist ein bloß mündlicher Vertrag nicht ohne rechtliche Wirkungen. Diese werden durch die §§ 155 ff. a. a. O. bestimmt und danach bestehen die durch die Erfüllung eines mündlichen Vertrages herbeigeführten Verhältnisse mindestens so lange zu Recht, als keiner der Kontrahenten vom Vertrage zurücktritt. (Erkenntniß des ehemaligen prreußischen Ober-Tribunals vom 15. März 1864 und vom 28. April 1874, Entscheidungen Bd. 51 S. 58 und Bd. 72 S. 151.) Im vorliegenden Falle wurden die Vorbesitzer der Kläger durch die Ueberweisung der betreffenden Torfkabeln Eigenthümer derselben und dadurch zugleich wegen ihrer Berechtigungen abgefunden. Wie ihr Eigenthum an den Kabeln war zwar auch die Abfindung eine widerrufliche, eine durch den nicht erfolgten Rücktritt von dem mündlichen Vertrage bedingte. Die Befugniß, von dem mündlichen Vertrage zurückzutreten und die durch die Erfüllung desselben herbeigeführten Rechtsverhältnisse aufzulösen, ist aber ein persönliches Recht der Kontrahenten, beziehungsweise ihrer Erben. (Vgl. die Ausführungen in dem Erkenntnisse des früheren preußischen Ober-Tribunals vom 22. Dezember 1853, Entscheidungen Bd. 27 S. 215). Da die Revidenten nicht behaupten, die Erben ihrer bei dem Abkommen von 1821 betheiligt gewesenen Vorbesitzer geworden zu sein, sind sie jenes Abkommen aufzurufen nicht berechtigt und, da sie hierzu nicht berechtigt sind, müssen sie dem Verklagten gegenüber um so mehr für definitiv abgefunden erachtet werden, als im vorliegenden Falle die Kontrahenten selbst nicht einmal den durch die Erfüllung des Vertrages herbeigeführten Zustand zu beseitigen befugt sein würden, weil sie länger als rechtsverjährte Zeit hindurch, von ihrem Rücktrittsrechte keinen Gebrauch gemacht haben, ihrer Reszissionsklage mithin die Extinktiv-Verjährung entgegenstehen würde.

## Nr. 17.

**1. Der Anspruch auf die Konventionalstrafe entsteht durch Verzögerung der Erfüllung.**

**2. Zur Beseitigung des Anspruches muß der Verpflichtete einwenden und beweisen, daß der Berechtigte die Erfüllung nicht bloß angenommen, sondern ohne Vorbehalt angenommen hat.**

A.L.R. I. 5 §§ 305—307.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 12. Dezember 1879 in Sachen Schlücker (Verklagten) wider Gollner (Kläger).

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Cöslin ist für begründet erachtet, und die Sache zur anderweiten Beweisaufnahme und Entscheidung in die zweite Instanz zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

In dem Vertrage vom 5. Dezember 1876 hat der Kläger die sämmtlichen Zimmerarbeiten zu dem neu zu erbauenden Wohnhause des Verklagten übernommen. Im § 2 dieses Vertrages ist bestimmt:

> die sämmtlichen ad I bezeichneten Arbeiten müssen bis zum 1. September 1877 vollendet sein, so daß das Haus bezogen werden kann. Sollten diese Arbeiten bis zu genanntem Tage nicht fertig sein, so zahlt G. für jeden Tag der Verspätung eine Konventionalstrafe von 30 Mk.

Der Kläger hat die Zimmerarbeiten ausgeführt und verlangt von dem Verklagten Zahlung seiner Restforderung. Der Verklagte hat Abweisung beantragt und Gegenansprüche erhoben, darunter einen Anspruch auf Konventionalstrafe aus § 2 des Vertrages. Dieser letztere Gegenanspruch ist von dem Richter erster Instanz in Höhe von 840 Mk. zur Kompensation zugelassen, auf die Appellation des Klägers aber von der zweiten Instanz verworfen worden. Der Verklagte hat gegen das zweite Erkenntniß die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt und seine Beschwerde lediglich gegen diese Verwerfung seines Gegenanspruchs gerichtet. *Nur dieser Kompensationsanspruch* ist daher gegenwärtig noch unter den Parteien streitig; der übrige Inhalt des zweiten Erkenntnisses ist unangefochten.

In Betreff dieses Kompensationsanspruchs stellt der Appellationsrichter thatsächlich fest, daß der Kläger den Vertrag in der Hauptsache erfüllt, der Verklagte auch die Erfüllung angenommen, insbesondere das hergestellte Haus übernommen und bezogen habe. Er führt ferner aus, daß der Verklagte, wenn er unter solchen Umständen wegen der verspäteten Vollendung der Arbeiten die Konventionalstrafe beanspruche, in Gemäßheit des A.L.R. I. 5 § 307 zur Substanziirung seines Anspruchs nachweisen müsse, daß er sich bei Annahme der Erfüllung das Recht auf die Konventionalstrafe ausdrücklich vorbehalten habe. Der Appellationsrichter stellt demnächst aus den eigenen Erklärungen des Verklagten thatsächlich fest, daß dieser die vom Kläger gelieferten Arbeiten schon am 19. September 1877 wenigstens theilweise übernommen habe, und er vermißt den von ihm zur Begründung des Anspruchs auf Konventionalstrafe für erforderlich erachteten Nachweis, daß der Kläger schon bei dieser theilweisen Annahme den Vorbehalt ausgesprochen habe. Er erwägt, daß der Verklagte durch die vorbehaltlose Annahme der Erfüllung seines Rechts auf die Konventionalstrafe verlustig gegangen sei, daß er diesen Verlust durch die erst längere Zeit nachher in einem Schreiben vom 8. November 1877 abgegebene Erklärung, daß er die Konventionalstrafe fordere, nicht wieder habe abwenden können, und er gelangt darnach zu dem Schlusse, daß der Anspruch des Verklagten nicht nach Maßgabe des § 307 a. a. O. begründet und somit der von der Forderung des Klägers in Höhe von 840 Mk. gemachte Abzug nicht gerechtfertigt sei.

Ob der Appellationsrichter mit dieser Begründung, wie Implorant behauptet, einen „Einwand suppeditirt“ und sich dadurch der Verletzung einer wesentlichen Prozeßvorschrift im Sinne des Artikel 3 Nr. 1 der Deklaration vom 6. April 1839 schuldig gemacht habe, kann unerörtert bleiben, da die materielle Rüge einer Verletzung des A.L.R. I. 5 § 307 und der Grundsätze von der Beweislast begründet ist.

Die Paragraphen 305 bis 307 a. a. O. verordnen:

§ 305. Wenn nicht ein Anderes verabredet worden, ist die Strafe verfallen, sobald der Verpflichtete sich einer Zögerung schuldig gemacht.

§ 306. Ist die Strafe einmal verwirkt, so kann sie durch spätere Erfüllung des Vertrages nicht mehr abgewendet werden.

§ 307. Hat jedoch der Andere die nachherige Erfüllung ganz oder zum Theil ohne Vorbehalt angenommen, so kann er auf die Konventionalstrafe nicht ferner antragen.

Das Gesetz verlangt also von demjenigen, welcher einen Anspruch auf Konventionalstrafe erhebt, keinen anderen Nachweis, als den einer Zögerung in der Erfüllung. Zur Beseitigung des Anspruchs genügt ferner nicht schon der Beweis, daß die spätere Erfüllung angenommen worden sei (§ 506), sondern nur die vorbehaltlose Annahme der nachherigen Erfüllung befreit den Verpflichteten.

Es ist also, wie das R.O.H.G. Bd. 13 S. 15 der Entscheidungen dieses Gerichtshofes*) ausgesprochen hat, Sache des Verpflichteten, einzuwenden, daß der Andere das Recht auf die Konventionalstrafe durch Erfüllungsannahme ohne Vorbehalt hinterher eingebüßt habe. Der Appellationsrichter hat daher, indem er von dem Verklagten den Nachweis verlangt, daß er sich bei Annahme der verspäteten Erfüllung den Anspruch auf die Konventionalstrafe ausdrücklich vorbehalten habe, den § 307 a. a. O. und die Regeln von der Beweislast unpassend angewendet und dadurch Rechtsgrundsätze verletzt, weshalb seine Entscheidung nach § 4 Nr. 1, § 17 der Verordnung vom 14. Dezember 1833 zu vernichten ist. (Die Ausführungen in der Sache selbst bieten kein rechtliches Interesse.)

---

## Nr. 18.

**Mit der Wandlungsklage kann Ersatz der Futterungskosten eines ganz unbrauchbaren Pferdes verlangt werden.**

A.L.R. I. 5 §§ 327, 338, I. 7 §§ 212, 216.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 18. November 1879 in Sachen Purwins wider Molinnus.)

Die vom Kläger gegen das Erkenntniß des frühern Ostpreußischen Tribunals zu Königsberg eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist für begründet erachtet aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

*) Abweichend vom preuß. Ober-Tribunal, vergl. Striethorst's Archiv Bd. 63 S. 75.

Gründen:

Dem Kläger, welcher den eingetauschten, dämpfig befundenen Schimmel des Verklagten gefüttert hat, sind vom ersten Richter Fütterungskosten für die Zeit bis zur Zurücknahme des Pferdes seitens des Verklagten zugesprochen worden. Der Appellationsrichter hat diesen Anspruch zurückgewiesen unter folgender Ausführung:

> Redhibent dürfe Ersatz der Futterkosten nur dann fordern, wenn diese Ausgaben nicht aus den Nutzungen des Thieres entnommen werden könnten, und nur insoweit, als durch diese der Vortheil des Gegners gefördert sei (A.L.R. I. 7 §§ 212, 216). Da Kläger nach eigener Angabe das Pferd wegen dessen Krankheit nicht habe benutzen können, so seien die Kosten auf die Erhaltung eines unbrauchbaren Thieres verwendet worden. Mithin sei der Vortheil des Verklagten nicht gefördert. Die Weigerung des Verklagten, das Pferd zurückzunehmen, verleihe dem Anspruche keine Stütze; in Folge dessen hätte Kläger das Pferd zur gerichtlichen Sequestration offeriren und sich damit von der Pflicht zu dessen Erhaltung befreien können.

Gegen dieses Erkenntniß hat Kläger die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt; er macht dem Appellationsrichter Verletzung des A.L.R. I. 7 §§ 212, 216 und I. 13 §§ 235, 254 zum Vorwurfe.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist begründet.

Das preußische Recht will bei der Wandlungsklage den früheren Zustand hergestellt haben. Früchte und Nutzungen sollen dem zurückgebenden Käufer, als redlichen Besitzer bleiben, soweit er sich nicht mit dem Schaden des Gegners bereichern würde (I. 7 § 189 und I. 5 § 338). Der § 327 I. 5 a. a. O. legt ihm allerdings die Pflicht auf, die Sache in dem Zustande zurückzugeben, wie er sie empfangen hat, und insofern hat er ein Interesse, die Sache zu erhalten. Dieses Interesse stellt sich indessen nicht als ein eigener Vortheil im Sinne des § 254 I. 13 a. a. O. dar. Vielmehr bürdet § 212 I. 7 die zur Erhaltung der Substanz nothwendigen und mit dem Besitze der Sache in unzertrennlicher Verbindung stehenden Kosten dem Eigenthümer auf. Die Annahme des Vorderrichters, das weitere Erforderniß des § 212 „Förderung des Vortheils des Eigenthümers" liege nicht vor, weil Kläger nach seiner eigenen Angabe das Pferd, so lange dasselbe sich in seinem Besitze befand, der Krankheit

halber gar nicht habe benutzen können, mithin die Kosten auf ein unbrauchbares Thier verwendet seien, ist nicht schlüssig. Denn einmal folgt daraus, daß Kläger das Pferd nicht für sich hat benutzen können, noch keineswegs dessen Unbrauchbarkeit für Jedermann, wie denn ja Verklagter selbst die Brauchbarkeit ausdrücklich behauptet. Sodann macht die zeitweise Unbrauchbarkeit eines Pferdes dasselbe nicht völlig werthlos, jedenfalls dessen Erhaltung nicht entbehrlich. Die Kosten der Erhaltung würden den Verklagten getroffen haben, wenn er sich im Besitze des Pferdes befunden hätte.

Daß Kläger das Pferd hätte zur gerichtlichen Sequestration anbieten müssen, ist vom Vorderrichter nicht angenommen worden, eine solche Annahme würde auch eine Stütze in den gesetzlichen Vorschriften nicht finden. Inwieweit der Vorderrichter die Möglichkeit, daß Kläger sich durch die Offerirung des Pferdes von der Verpflichtung zu dessen Erhaltung hätte frei machen können, mit als Abweisungsgrund hat heranziehen wollen, ist nicht ersichtlich. Diese Möglichkeit kann aber der Aufwendung des Klägers die Eigenschaft einer zur Erhaltung der Substanz nothwendigen nicht entziehen: daß bei gerichtlicher Sequestration die Erhaltungskosten geringer gewesen sein würden, ist nicht anzunehmen.

Hiernach war das Appellationserkenntniß wegen Verletzung der §§ 212, 216 A.L.R. I. 7 zu vernichten. (Es wird dann ausgeführt, daß bei freier Beurtheilung der Sache der vom Kläger geforderte Betrag der Futterkosten angemessen erscheint.)

---

## Nr. 19.

**Die Klage aus der persönlichen Verpflichtung zur Auflassung eines Grundstückes kann angestellt werden, auch wenn der Verpflichtete als Eigenthümer des Grundstücks nicht eingetragen ist.**

A.L.R. I. 5 §§ 277 ff. G. über den Eigenthumserwerb § 9;
A.G.O. I. 24 §§ 55—57.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 29. November 1879 in Sachen Zakrzewski wider Schneiderreit u. Gen.)

Der Kläger Z. fordert auf Grund einer obligatorischen Verpflichtung die Wiederauflassung eines Grundstückes. Von den Verklagten

hat die verehelichte Sch. eingewendet, sie habe das Grundstück bereits weiter aufgelassen, es könne deshalb gegen sie nur auf Entschädigung geklagt werden. Vom Appellations-Richter (früheres preuß. Appell.-Gericht zu Insterburg) ist der Einwand für zutreffend erachtet und die Klage abgewiesen. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers hat das Reichsgericht das 2. Urtheil vernichtet und die Sache zur weiteren Verhandlung in die erste Instanz zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers greift das Appellationserkenntniß insoweit an, als es die Abweisung des Klageantrags auf Wiederauflassung des Grundstücks Insterburg 1232 billigt.

Der Appellationsrichter hält die Abweisung für gerechtfertigt, weil die Verklagte Sch. wegen der Wiederauflassung des Grundstücks an Sp. zu dessen Rückgabe außer Stande sei, also der Rückgabeanspruch des Klägers sich in einen bloßen Entschädigungsanspruch verwandelt habe.

Letzteres erscheint nicht als zutreffend, denn die persönliche Verpflichtung zur Herausgabe oder Rückgabe einer Sache erleidet keine Aenderung durch subjektive Hindernisse, welche ihrer Erfüllung entgegenstehen, nicht aber die objektive Unmöglichkeit derselben begründen. Sie schließt vielmehr die Pflicht in sich, solche lediglich subjektive Hindernisse nach Möglichkeit zu beseitigen, und besteht daher trotz derselben unverändert fort. Der Kläger kann deshalb fortwährend die Sache selbst beanspruchen und, wenn deren Rückgabe in der Exekutionsinstanz Anstand findet, noch in dieser sein Interesse liquidiren, indem das, was A.G.O. I. 24 § 56 hierüber für bewegliche Sachen bestimmt, gemäß § 9 der Exekutionsverordnung vom 4. März 1834 auf Grundstücke ebenfalls anzuwenden ist.

Namentlich läßt sich nicht etwas Abweichendes daraus entnehmen, daß die Eigenthumsklage auf Herausgabe einer Sache nur gegen deren Besitzer oder Inhaber zu richten ist (A.L.R. I. 15 § 1), da es hier an einem obligatorischen Verhältniß der Parteien mangelt und daher auch von einer Verpflichtung des Verklagten, die Herausgabe der seinem Besitz entzogenen Sache durch Herbeischaffung derselben erst zu ermöglichen, nicht die Rede sein kann.

Gerade im Gegensatz hierzu ist vielmehr als Rechtssatz anzuerkennen, daß die persönliche Verpflichtung zur Herausgabe bezw.

Uebereignung einer Sache, also auch zur Auflassung eines Grundstücks, nicht lediglich durch ihre Veräußerung bezw. Auflassung an einen Dritten in eine bloße Entschädigungsforderung umgewandelt wird. (Die weiteren Gründe sind nicht von allgemeinem Interesse.)

---

## Nr. 20.

**Der Rücktritt vom Vertrage wegen veränderter Umstände auf Grund des A.L.R. I. 5 § 378 erfordert, daß der beim Abschluß von beiden Theilen beabsichtigte Zweck unmöglich wird.**

A.L.R. I. 5 § 378.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 4. November 1879 in Sachen Hentschel wider Wolff.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Kammergerichts ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Der Beklagte hat mittelst schriftlichen Vertrages vom 31. Juli 1877 von den Klägern eine in deren Grundstücke belegene Lokalität auf die Zeit vom 1. Juli 1877 bis zum 1. Oktober 1878 für den jährlichen Zins von 1200 Mk. gemiethet und übergeben erhalten. Er ist jetzt wegen Zahlung des Zinses für die Monate September bis Dezember 1877 mit 400 Mk. nebst Zinsen in Anspruch genommen.

Wie der Appellationsrichter feststellt, ist es von dem Beklagten beabsichtigt worden, das Miethslokal zum Betriebe eines Restaurationsgeschäftes zu verwenden; derselbe ist jedoch an der Verwirklichung dieser Absicht dadurch gehindert, daß nach dem Kontraktsschlusse seitens der zuständigen Behörde ihm die Konzession zu einem solchen Geschäfte versagt und das Lokal geschlossen worden ist. Der Appellationsrichter erachtet trotz dieser Umstände den Beklagten zur Zahlung des geforderten Zinses für verbunden, weil die Kläger nicht in dem schriftlichen Vertrage die Verpflichtung, dem Beklagten die Konzession zum Restaurationsbetriebe zu verschaffen, übernommen haben, der Vertrag auch eine Stipulation, wonach in den gemietheten Räumen *nur eine Restauration* und *nichts Anderes* betrieben, beziehentlich daß die Räume zu einem anderen Zwecke nicht benutzt werden dürften, nicht enthalte und sogar nicht einmal davon spreche, daß die Räume *zum Zwecke des Betriebs einer Restauration* vermiethet worden seien.

Der Beklagte hat die getroffene Entscheidung mit der Ausführung angegriffen, daß der Appellationsrichter die Vorschrift des § 378 des A.L.R. Thl. I. Tit. 5 durch Nichtanwendung verletzt hat. Dieser Angriff ist jedoch verfehlt.

Das allegirte Gesetz verordnet,

> daß, wenn durch eine unvorhergesehene Veränderung der Umstände die Erreichung des ausdrücklich erklärten oder aus der Natur des Geschäfts sich ergebenden Endzwecks beider Theile unmöglich gemacht wird, jeder derselben von dem noch nicht erfüllten Vertrage wieder abgehen kann.

Der Rücktritt vom Vertrage ist also dadurch bedingt, daß durch die hinterher eingetretene, unvorhergesehene Veränderung der Umstände der bei dem Abschlusse des Vertrages vorgelegene Endzweck beider Theile vereitelt worden ist. Diese Voraussetzung trifft aber auf den vorliegenden Fall nicht zu, denn der Appellationsrichter nimmt nur für erwiesen an, daß der Beklagte die Absicht gehabt hat, in dem gemietheten Lokale die Restauration zu betreiben; dagegen negirt er ausdrücklich die von dem Beklagten in zweiter Instanz aufgestellte Behauptung, daß der Vertrag eine Stipulation enthalte, wonach in den gemietheten Räumen nur eine Restauration und nichts Anderes betrieben werden dürfe. Es ist sonach nicht festgestellt, daß auch von den Klägern bei Abschluß des Vertrages die Verwendung der vermietheten Lokalitäten ausschließlich zum Restaurationsbetriebe bezweckt worden ist. Wenn dies aber nicht der Fall war, so ist die Anwendung des als verletzt bezeichneten Gesetzes ausgeschlossen. Andererseits hat Beklagter die Verletzung der Vorschriften der §§ 380 ff. a. a. O., welche den Fall behandeln, daß die Veränderung der Umstände die Vereitelung des Zwecks des einen Theils zur Folge gehabt hat, nicht gerügt.

---

## Nr. 21.

**Begriff der Besitzstörung. Hat der Störende die Absicht, sich mit dem Willen des Besitzers in Widerspruch zu setzen, so bedarf es keines weitern Beweises des animus turbandi.**

A.L.R. I. 7 §§ 146—151.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 6. Dezember 1879 in Sachen Buchholz wider Berlin.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers gegen das Erkenntniß des früheren Kreisgerichts zu Flatow ist für begründet erachtet, und

die Sache behufs Beweisaufnahme über den Einwand der Genehmigung in die erste Instanz zurückverwiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Der Vorderrichter will in dem durch die Verklagte veranlaßten Aufwerfen von Grenzhügeln auf einem im schutzberechtigten Besitze des Klägers befindlichen Grundstücke selbst dann eine Turbation nicht finden, wenn diese Handlung gegen den ausdrücklichen Widerspruch des Klägers ausgeführt sein sollte. Darin liegt eine rechtsirrthümliche Auffassung von dem Rechte des Besitzes und von der Störung in demselben durch Gewalt im Sinne der von der Nichtigkeits-Beschwerde als verletzt bezeichneten §§ 146, 147, 150, 151, A.L.R. I. 7.

Das Recht des Besitzes bestimmt sich nach dem Umfange der thatsächlichen Gewahrsam und dem damit verbundenen Willen. Bei dem Sachbesitze ist dieser Wille der des Eigenthümers, dahin gehend, jede Verfügung eines Anderen über die Sache auszuschließen. Jede eigenmächtige Handlung, welche diese Gewahrsam thatsächlich berührt und mit der Absicht verbunden ist, sich mit dem Willen des Besitzers in Widerspruch zu setzen, muß also jedenfalls als ein Eingriff in das Recht des Besitzes sich darstellen. Gewaltsam wird ein solcher Eingriff ohne Weiteres schon dadurch, daß er die Absicht, den Willen des Besitzers unberücksichtigt zu lassen, offen zu erkennen giebt.

Von diesen in Theorie und Praxis bisher als feststehend erachteten Gesichtspunkten kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Verklagte sich einer gewaltsamen Störung des Klägers in seinem schutzberechtigten Sachbesitze des in der Klage näher bezeichneten Grundstücks schuldig gemacht hat, wenn sie auf demselben gegen das ausdrückliche Verbot des Klägers Grenzhügel hat aufwerfen lassen. Der vom Vorderrichter vermöge irriger rechtlicher Beurtheilung der von ihm unterstellten Thatsachen vermißte „böse Wille", der animus turbandi liegt in der absichtlichen Nichtbeachtung des Verbots, ohne daß es darauf ankommt, ob die Verklagte ein anderes Recht sich hat anmaßen wollen, als in diesem Falle gegen den Willen des Klägers zu handeln, oder nicht. Auch die Feststellung des Vorderrichters ist ohne Bedeutung, daß Kläger durch das Aufwerfen der Grenzhügel und deren Fortbestehen in der von ihm gewählten Be-

nutzung des Grundstücks nicht gehindert werde. Denn der subjektive Wille des Klägers bestimmt allein den Umfang, in welchem er Andere von diesem Grundstück ausschließen will, und nicht das objektive Ermessen des Richters, inwieweit eine solche Ausschließung rationell erscheint.

---

## Nr. 22.

**Die Possessorienklage wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Verklagte die Besitzstörung vor Anstellung der Klage wieder beseitigt hat.**

A.L.R. I. 7 §§ 146, 150, 151.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 6. Dezember 1879 in Sachen Fritsch wider Gerber.)

Der Verklagte hatte vor der Wohnung des Klägers ein Schild angebracht, dasselbe jedoch auf Verlangen des Klägers wieder abgenommen. Die hierauf angestellte Possessorienklage wurde vom früheren preuß. Kreisgericht zu Bromberg abgewiesen. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers ist für begründet erachtet aus folgenden

Gründen:

Der erste Richter hat sein Erkenntniß lediglich durch folgende Ausführung begründet:

„Nach der eigenen Angabe des Klägers hat Verklagter noch vor Anstellung der Klage auf die Aufforderung des Klägers das Schild entfernt, gleichgültig, ob auf den Rath eines Rechtsanwalts, oder weil er selbst zu der Ueberzeugung gelangt war, daß er durch Anbringung des Schilds vor dem Fenster den Kläger im Besitz gestört habe. — Jedenfalls hat der Verklagte dadurch, daß er auf die Aufforderung das Schild fortgenommen hat, dem Kläger zu erkennen gegeben, daß er selbst das Anbringen des Schildes vor dem Fenster für unberechtigt halte. Es war daher schon vor Anstellung der Klage der Kläger weder im Besitze seines Kellers beunruhigt, noch dessen entsetzt, und hatte Kläger sonach gar keine Veranlassung, die Besitzstörungsklage anzustellen."

Dieser Ausführung kann nicht beigetreten werden.

Sobald der Verklagte die in der Klage als Störung gerügte Handlung vollzogen hatte, war — ihren störenden Karakter an sich vorausgesetzt — die Störung begrifflich bewirkt und dem Ge=

störten durch das Gesetz das Recht zu einer den richterlichen Besitzschutz beanspruchenden Klage gegeben. Dadurch, daß der Störende, gleichviel aus welchem Grunde, vor oder nach Anstellung der Klage den gestörten Besitzstand des Klägers wiederherstellt, wird die erfolgte Störung selbst nicht beseitigt und dem Gestörten das ihm aus derselben erwachsene Klagerecht nicht wieder entzogen. Die possessorische Klage soll dem Verletzten nicht bloß die thatsächliche Wiederherstellung seines Besitzes erwirken, sondern ihm auch, und zwar vorzugsweise, den richterlichen Schutz gegen weitere Besitzstörungen sichern. Die Besorgniß, daß der Verklagte die störende Handlung wiederholen könne, ist für den Kläger noch nicht durch die Feststellung des Richters beseitigt, daß der Verklagte durch die Fortnahme des Schildes seine Meinung über die Nichtberechtigung seiner Handlung zu erkennen gegeben habe. Die Bedeutung des Possessoriums, durch dasselbe einen Schutz für die Zukunft zu erlangen, hat der Richter verkannt und deshalb durch die Abweisung des Klägers die §§ 146, 150, 151 A.L.R. I. 7 verletzt. Demgemäß war das angefochtene Erkenntniß zu vernichten.

---

## Nr. 23.

**Im Possessorienprozesse darf der Einwand der Berechtigung nicht aus dem Recht zum Besitz hergenommen werden.**

A.L.R. I. 7 §§ 146—154.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 3. Dezember 1879 in Sachen Sczygiel wider Musiol.)

Die von dem Kläger gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Kreisgerichts zu Beuthen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist für begründet erachtet. Es wird ausgeführt in den

Gründen:

Der Kläger hat gegenüber der Behauptung des Verklagten, daß er das streitige Theilstück gepachtet habe, seinerseits behauptet, daß der Verpächter das seit längerer Zeit von Jahr zu Jahr stillschweigend verlängerte Pachtverhältniß nicht gekündigt habe. Mit Rücksicht auf diese Angabe des Klägers nimmt der erste Richter an, daß der in dieser Weise stillschweigend verlängerte Pachtvertrag nach gesetzlicher Bestimmung mit Ablauf des Pachtjahres auch ohne Auf-

kündigung erloschen sei, da der Verpächter weder ausdrücklich noch stillschweigend seine Genehmigung erklärt, vielmehr durch die anderweitige Verpachtung an den Verklagten zu erkennen gegeben habe, daß er den Pachtvertrag mit dem Kläger fortzusetzen nicht gewillt sei. Deshalb könne der Kläger keinen Schutz in seinem Pachtbesitze mehr beanspruchen.

Dieser lediglich aus einem angeblichen Rechte des Verklagten zum Besitze entnommene Grund kann jedoch die getroffene Entscheidung nicht aufrecht erhalten. Das frühere preußische Ober-Tribunal hat freilich angenommen, daß bei Beantwortung der Frage,

> ob eine als Besitzstörung bezeichnete Handlung den Karakter einer Turbation deshalb nicht an sich trage, weil sie sich als Ausfluß eines Rechtes darstelle,

auch im Possessorienprozesse das Recht zur Vornahme der Handlung der richterlichen Beurtheilung unterzogen werden müsse. Derselbe Gerichtshof hat aber stets und in zahlreichen Entscheidungen an dem Grundsatze festgehalten, daß der betreffende Einwand nur aus dem Besitze selbst hergeleitet werden dürfe, weil das Recht zum Besitze dem aktuellen Besitzstande gegenüber im Possessorienprozesse nicht in Betracht komme. (Justiz-Ministerial-Blatt 1854 Seite 109 Nr. 37, — Entscheidungen Bd. 38 S. 388, Bd. 64 S. 24, — Striethorst Archiv Bd. 17 S. 312, Bd. 44 S. 120.) Der Richter hat daher die von ihm in Bezug genommenen §§ 324, 325, 328, 269 A.L.R. I. 21 durch unpassende und die §§ 146—154 I. 7 a. a. O. durch Nichtanwendung verletzt. Sein Erkenntniß war daher zu vernichten.

---

## Nr. 24.

**Wenn über den Besitz an einer Sache ein Possessorienprozeß schwebt, so ist der Besitzstand keiner der Prozeßparteien ein ruhiger.**

A.L.R. I. 7 §§ 154, 155. A.G.O. I. 31 § 1.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 3. Dezember 1879 in Sachen Cranach wider Rienitz.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Kläger verlangt Schutz im Besitze einer Mauer, welche der Verklagte niedergerissen hat. Bereits vor dieser Handlung der Selbst-

hülfe und noch bei Erlaß der angefochtenen Entscheidung schwebte nach der Feststellung des Vorderrichters ein Possessorienprozeß, in welchem der jetzige Verklagte als Kläger gegen den jetzigen Kläger als Verklagten Beseitigung derselben Mauer verlangt hatte, welche jetzt in Frage steht, und zwar auf Grund seines Besitzes an der Grundfläche, auf welcher die Mauer von dem jetzigen Kläger aufgeführt worden ist.

Der Vorderrichter hat den Kläger abgewiesen, weil er den angeblichen Besitz desselben an der streitigen Mauer mit Rücksicht auf den erwähnten Possessorienprozeß mit umgekehrten Parteirollen nicht für einen ruhigen erachtet. Mit Unrecht macht wegen dieses Entscheidungsgrundes die Nichtigkeitsbeschwerde dem Vorderrichter den Vorwurf der Verletzung der §§ 146—150, 154, 155 A.L.R. I. 7 und der §§ 1, 16 A.G.O. I. 31. Die Klageansprüche, sowie sie in diesem und in jenem Rechtsstreite zur Geltung gebracht werden sollen, sind nicht mit einander verträglich; während hier die Verurtheilung zur Wiederherstellung der Mauer verpflichten würde, müßte sie dort zur Beseitigung derselben führen. Daraus folgt, daß der vom jetzigen Verklagten angestrengte Prozeß den Besitz des Klägers in seinem ganzen Umfange schon vor der jetzt in Rede stehenden Turbation ergriffen und die ihm zur Anrufung des richterlichen Schutzes nach § 154 l. c. nothwendige Vorbedingung, daß er vor der Störung ein ruhiger gewesen, entzogen hat. Der Versuch der Nichtigkeitsbeschwerde, die Mauer als Werkzeug der Turbation zu karakterisiren, an welchem ein besonderer Besitz denkbar sei, ist verfehlt. Gegenüber der Klage des anderen Prozesses auf Beseitigung der Mauer könnte ein ruhiger Besitz an derselben begrifflich nur gegeben sein, wenn gegen die Natur der Dinge der Mauer nach Trennung ihrer Verbindung mit dem Erdboden eine selbstständige Existenz beigelegt werden dürfte.

---

## Nr. 25.

**An gesetzlichen Untersagungsrechten findet kein Besitz statt.**

A.L.R. I. 8 § 187, I. 7 §§ 86, 87.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 22. November 1879 in Sachen Müller wider Selcke.)

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten ist das Erkenntniß des I. Richters (frühere preuß. Kr.-Ger.-Dep. zu Pasewalk) ver-

nichtet, und die Klage abgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Der § 187 A.L.R. I. 8 in dem Abschnitte von Eigenthums-einschränkungen zum Besten des Nachbars (vergleiche das Marginale zu § 102 a. a. O.) bestimmt:

> Erniedrigt Jemand seinen Grund und Boden durch Anlegung eines Grabens oder sonst, so muß ein Wall von drei Fuß breit gegen die benachbarte Verzäunung stehen bleiben.

Derselbe gewährt also dem Grundeigenthümer die gesetzliche Befugniß, dem Nachbar die Erniedrigung des Bodens innerhalb drei Fuß von der auf der Grenze befindlichen Verzäunung zu untersagen.

Diese gesetzliche Untersagungsbefugniß hat denselben Inhalt, welchen auch ein durch Vertrag oder sonstigen Privatrechtstitel als Grundgerechtigkeit konstituirtes Untersagungsrecht haben könnte.

(Vgl. die Entscheidungen des preußischen Ober-Tribunals Bd. 70 S. 103.)

Mit Unrecht aber folgert hieraus der erste Richter, daß dieselbe auch Gegenstand des Besitzes sein könne, und daß dieser durch den ihr entsprechenden Zustand der benachbarten Grundstücke hergestellt werde. Denn nach A.L.R. I. 7 §§ 86 und 87 ist der Besitzerwerb an einem Untersagungsrechte nur bei demjenigen anzunehmen, auf dessen Verbot der andere von einer unternommenen Handlung absteht oder dem es durch ausdrückliche Willenserklärung eingeräumt wurde, also nicht lediglich auf einen thatsächlichen Zustand zu stützen.

Indem der erste Richter solches bei Anwendung des § 187 cit. verkennt, hat er diesen, nicht minder aber die §§ 146 ff. A.L.R. I. 7 und § 1 A.G.O. I. 31 verletzt, da die Voraussetzung der letzteren, d. h. ein des Rechtsschutzes fähiger Besitz, von ihm rechtsirrthümlich angenommen wird. Sein Erkenntniß unterliegt daher der Vernichtung.

In der Sache selbst konnte nur die Abweisung der Klage erfolgen, weil der Kläger lediglich den Schutz im Besitze der aus § 187 cit. sich ergebenden gesetzlichen Befugniß verlangt, ein solcher aber nicht anzuerkennen ist.

Wenn der Verklagte dieser Vorschrift zuwider gehandelt hat, so kann darin zwar eine Störung des Klägers in dem Sachbesitze

an seinem Grundstücke liegen; allein, daß dies der Fall sei, ist nicht unter allen Umständen anzunehmen.

Wenn man aber auch durch die thatsächlichen Anführungen der Klage jenen Sachbesitz und eine Störung desselben als hinreichend behauptet anzusehen hätte, so kann darauf doch keine Rücksicht genommen werden, weil die Klagebitte auf Schutz des Sachbesitzes zweifellos nicht gerichtet ist, sondern ausdrücklich nur den vermeintlichen Rechtsbesitz des Klägers zum Gegenstande hat.

---

## Nr. 26.

**1. Beschränkungen des Eigenthums zum Besten des gemeinen Wesens (A.L.R. I. 8 §§ 33 bis incl. 101) können durch Willenserklärungen nicht aufgehoben werden.**

**2. Begriff eines Grabens oder Kanals im Sinne des A.L.R. I. 8 § 100.**

A.L.R. I. 8 §§ 100, 192, I. 22 § 43.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 27. November 1879 in Sachen Grützmacher wider Pieper.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Cöslin ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Der Appellationsrichter geht von der thatsächlichen Annahme aus, daß sich auf dem Grundstück des Klägers ein nach dem Grenzgraben zu führender Graben befindet, der sich jenseits des Grenzgrabens auf dem Grundstück der Verklagten fortsetzt, daß in frühern Zeiten an der Stelle dieser Gräben sich eine Wasserriege befunden habe, durch welche das Wasser vom klägerischen Grundstück seinen ordentlichen und gewöhnlichen Abfluß über das Grundstück des Verklagten gehabt habe; daß an Stelle der Riege bereits vor etwa 17 Jahren der Graben hergestellt ist, und daß durch diesen das Wasser etwa 14 Jahre lang bis zu der im Jahre 1874 hergestellten Drainage seinen ordentlichen und gewöhnlichen Abfluß gehabt habe. Er nimmt ferner an, daß zwar das Wasser in diesem Graben nicht in fortwährendem Fluß sich befunden habe, sondern hauptsächlich nur dann geflossen sei, wenn im Frühjahr und Herbst reichhaltige atmosphärische Niederschläge stattgefunden hätten, ist aber der Ansicht, daß dieser Umstand nicht ins Gewicht falle, da A.L.R. I. 8

§ 100 keineswegs nothwendig solches Wasser voraussetze, welches sich in ununterbrochenem Laufe ergieße. Den Einwand des Verklagten, daß Kläger die Zuschüttung des Grabens wissentlich habe geschehen lassen und hierin ein stillschweigender Verzicht auf das aus § 100 cit. herzuleitende Recht zu finden sei, hat der Appellationsrichter für unerheblich erachtet, weil es sich hier nicht um eine Legalservitut zum Besten des Nachbars, sondern um eine Eigenthumseinschränkung im öffentlichen Interesse im Sinne des A.L.R. I. 8 § 190 handle, mithin § 43 Titel 22 eod. keine Anwendung finde.

Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt Verletzung von A.L.R. I. 8 § 100, der Marginale zu §§ 33 und 102, der §§ 190 und 191 das. und I. 22 § 43, weil auch die Aufhebung der im § 100 cit. erwähnten Gräben und Kanäle der Privatwillkür unterworfen sei, und das bloß im Frühjahr und Herbst niederfallende Wasser nicht für Wasser im Sinne des § 100 cit. erachtet werden könne.

Die Beschwerde kann indeß für begründet nicht erachtet werden.

Wie das Marginale zum A.L.R. I. 8 § 33 ergiebt, beginnen dort die Einschränkungen des Eigenthums *zum Besten des gemeinen Wesens* und werden unter verschiedenen Rubriken bis zum § 102 eod. fortgeführt, wie denn auch der Inhalt aller einzelnen in diesem Abschnitt enthaltenen Bestimmungen erkennen läßt, daß es sich um Ge- und Verbote im allgemeinen polizeilichen oder landwirthschaftlichen Interesse handelt. Vom § 102 ab beginnen dann die Einschränkungen des Eigenthums *zum Besten des Nachbars*. Wenn es in § 190 eod. hinsichtlich der Aufhebung der *vorstehenden* Einschränkungen heißt:

> Einschränkungen des Eigenthums, welche die Gesetze zum Besten des gemeinen Wesens vorschreiben, können nur mit Einwilligung des Staats aufgehoben werden —

so ist damit klar ausgesprochen, daß ihre Aufhebung durch Willenserklärungen ausgeschlossen ist. Wenn nun auch der Nichtigkeitsbeschwerde zugegeben werden kann, daß Dispositionen der Nachbarn in Betreff eines Grabens, wie ihn § 100 cit. karakterisirt, soweit sie das öffentliche Interesse nicht berühren, nicht absolut ausgeschlossen sind, so hat doch der Appellationsrichter festgestellt, daß durch den hier streitigen Graben das Wasser seinen ordentlichen und gewöhnlichen Abfluß hat, und daß das öffentliche Interesse bei seinem Fortbestand betheiligt sei. Die *gänzliche Beseitigung* einer

solchen im Landeskulturinteresse nothwendigen Wasserleitung ist daher der Privatwillkür jedenfalls entzogen, und mit Recht hat der Appellationsrichter deshalb die Vorschrift des A.L.R. I. 22 § 43 für unanwendbar auf den vorliegenden Fall erachtet.

Auch eine Verletzung des § 100 a. a. O. liegt nicht vor. Dieser Paragraph setzt voraus, daß es sich um Kanäle oder Gräben, also um künstliche Wasserleitungen handelt, durch welche dem Wasser ein bestimmter Lauf angewiesen ist, und daß dieser Wasserlauf als der ordentliche und gewöhnliche anzusehen ist. Wenn nun auch der Nichtigkeitsbeschwerde zugegeben werden kann, daß unter dem Wasser, dessen der § 100 gedenkt, das lediglich durch atmosphärische Niederschläge gebildete Tageswasser nicht zu verstehen ist, so hat doch der Appellationsrichter auch nicht angenommen, daß es sich im vorliegenden Fall lediglich um Abführung solches Tageswassers handle. Denn er sagt nur, daß der Umstand, daß das Wasser nicht zu allen Zeiten, sondern hauptsächlich im Frühjahr und Herbst und zu den Zeiten, wo viele atmosphärische Niederschläge stattgefunden, durch den Graben abgeflossen sei, bei Entscheidung der Frage, ob das Wasser durch den Graben seinen ordentlichen und gewöhnlichen Abfluß habe, nicht ins Gewicht fallen könne, geht also davon aus, daß auch anderes als das tägliche Niederschlagswasser der Abführung von dem klägerischen Grundstück bedarf und seit langer Zeit — früher durch eine natürliche Riege — später durch den Graben abgeführt ist. Es läßt sich daher nicht erkennen, daß der Appellationsrichter bei der thatsächlichen Feststellung, daß der streitige Graben ein solcher sei, durch den das Wasser seinen ordentlichen und gewöhnlichen Abfluß habe, von einer rechtsirrthümlichen Auffassung des § 100 a. a. O. ausgegangen sei.

---

## Nr. 27.

**Der § 144 A.L.R. I. 8 enthält keine Vorschrift über das Lichtrecht, sondern nur über das Zwischenraumsrecht.**

**Auslegung des Plenarbeschlusses des preuß. Ober-Tribunals vom 6. Januar 1850 (Striethorst, Archiv Bd. I. S. 159).**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 6. November 1879 in Sachen Göt wider Göt.)

Die zu Inowrazlaw belegenen Grundstücke der Parteien grenzen an einander. Auf dem des Klägers befinden sich Fenster in einem

Vorder- und in einem Hintergebäude. Verklagter beabsichtigt, sie zu verbauen, und zwar die des Vorderhauses durch Erhöhung seines bereits vorhandenen Gebäudes, die des Hinterhauses durch Errichtung einer neuen Mauer. Der Kläger tritt dem entgegen und führt zur Begründung seines Widerspruchs Folgendes an: Beide Grundstücke gehörten früher dem Vater der jetzigen Parteien. Dieser hat die Fenster vor noch nicht 10 Jahren angelegt; nach dem Tode des Vaters sind die Grundstücke auf die Mutter der Parteien übergegangen. Von dieser hat Kläger das seinige durch Kaufvertrag vom 15. Februar 1877, Verklagter das ihm gehörige später im Wege der Subhastation erworben. Kläger behauptet, sein Vater habe das Grundstück des Verklagten in der ausgesprochenen Absicht zugekauft, sich das Recht auf die in den klägerischen Gebäuden angelegten Fenster für ewige Zeiten zu erhalten. Die dadurch seinem (des Klägers) Grundstücke erworbene Gerechtigkeit sei auf ihn übergegangen, weil das Grundstück in dem gedachten Kaufvertrage so wie es steht und liegt, ihm überlassen worden ist.

Der erste Richter hat die Klage abgewiesen, der zweite (das frühere Appell.-Gericht zu Bromberg) den Anspruch des Klägers in Betreff der Fenster des Vorderhauses ebenfalls verworfen, weil Verklagter keinen Neubau unternommen, sondern nur ein vorhandenes Gebäude erhöht hat, dagegen den Verklagten verurtheilt, mit der Mauer von dem Hintergebäude des Klägers drei Werkschuhe zurückzutreten.

Die Nichtigkeitsbeschwerde beider Parteien ist für begründet erachtet. Auf die klägerische Beschwerde ist in der Sache selbst das abweisende zweite Urtheil bestätigt, auf die Beschwerde des Verklagten das erste Urtheil wiederhergestellt. Soweit es von allgemeinem Interesse ist, lauten die

Gründe:

Kläger rügt zunächst Verletzung eines angeblich von dem Plenum des ehemaligen preuß. Ober-Tribunals unter dem 6. Januar 1850 aufgestellten Rechtsgrundsatzes, welchen er dahin formulirt:

> Wenn zwischen benachbarten Grundstücken desselben Eigenthümers Benutzungen nach Art der Servituten stattgehabt haben und das ausübende Grundstück mit der Klausel: „wie es besessen und benutzt worden," verkauft wird, so sind jene Benutzungsarten als Grundgerechtigkeiten für neu bestellt zu er-

achten, insofern die Lage der Sache den Schluß auf eine solche Absicht der Kontrahenten unzweideutig rechtfertigt.

Diese Rüge ist unbegründet.

Der Satz, auf welchen die Nichtigkeitsbeschwerde sich beruft, ist zwar dem von ihr in Bezug genommenen, in Striethorst's Archiv abgedruckten Erkenntnisse des preußischen Ober-Tribunals vom 6. Januar 1850 (Bd. 1 S. 159) vorangestellt, die bei freier Beurtheilung des Sachverhältnisses entwickelten Entscheidungsgründe sprechen ihn aber so, wie er formulirt ist, nicht aus. Die Gründe führen vielmehr aus, daß im Allgemeinen die Ausdrücke: „wie ein Grundstück besessen und benutzt worden u. s. w." keineswegs den Sinn haben, daß alle seither faktisch zwischen zwei benachbarten Grundstücken eines Eigenthümers vorgekommenen Benutzungsarten nun bleibend als Grundgerechtigkeiten konstituirt worden seien. Dergleichen Benutzungsarten stellten sich, wenn nicht besondere Umstände obwalteten, nur als Ausfluß des Eigenthums dar. Sollte daher auf die Fortdauer solcher Benutzungsarten, auch nachdem die Grundstücke verschiedene Herren erhalten haben, aus jenen Klauseln geschlossen werden, so müsse jedenfalls die Lage der Sache den Schluß auf eine solche Absicht der Kontrahenten unzweideutig rechtfertigen. Es wird sodann dargethan, daß dies in der vorliegenden Sache nicht der Fall sei.

Gesetzt auch, der von der Nichtigkeitsbeschwerde formulirte Satz ließe sich aus jenen Ausführungen in dem Erkenntnisse vom 6. Januar 1850 herleiten und hätte überhaupt Anspruch auf unbedingte Billigung, so ergiebt schon sein Inhalt, daß er insofern kein Rechtsgrundsatz ist, als er, wenn sonst seine Voraussetzungen vorliegen, die Annahme, daß eine Grundgerechtigkeit für neu bestellt zu erachten ist, davon abhängig macht, daß die Lage der Sache den Schluß auf eine solche Absicht der Kontrahenten unzweideutig rechtfertigt, die Entscheidung der Frage mithin der thatsächlichen Beurtheilung des gegebenen Falles anheim giebt. (Es wird dann ausgeführt, daß in der vorliegenden Sache die Voraussetzungen des aufgestellten Satzes nicht vorliegen.)

Danach fällt dem Appellationsrichter ein rechtsgrundsätzlicher Verstoß gegen den fraglichen Satz nicht zur Last. Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt aber auch, daß der Appellationsrichter ganz unerörtert läßt, ob dem Kläger durch den Vertrag vom 15. Februar 1877

das prätendirte Fensterrecht eingeräumt worden ist, und daß derselbe den Vertrag schon wegen nicht erfolgten Beitritts des Verklagten für diesen nicht präjudizirlich erachtet. Sie macht geltend, daß nach A.L.R. I. 8 § 145 dem Kläger ein Widerspruchsrecht gegen die baulichen Anlagen des Verklagten zustehen würde, wenn es feststände, daß der Kläger jenes Fensterrecht durch den gedachten Vertrag erworben habe.

Der Vorwurf, daß der Appellationsrichter dadurch den § 145 a. a. O. verletzt habe, ist begründet.

Das Untersagungsrecht, welches der § 145 verlangt, karakterisirt sich als eine Grundgerechtigkeit und wird als eine solche in dem § 146 a. a. O. bezeichnet. Daß jenes Untersagungsrecht, als Grundgerechtigkeit, durch einen schriftlichen Vertrag eingeräumt und erworben werden kann, unterliegt nach A.L.R. I. 5 § 135 und I. 22 § 13 keinem Zweifel und, da ein solchergestalt erworbenes Recht nach A.L.R. I. 22 § 12 subjektiv und objektiv dinglicher Natur ist, so kann es von jedem Besitzer des herrschenden Grundstücks gegen jeden Besitzer des dienenden Grundstücks geltend gemacht werden. Der Eintragung in das Grundbuch bedürfen Grundgerechtigkeiten nach § 12 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 zu ihrer Wirksamkeit gegen Dritte nicht. Dies übersieht der Appellationsrichter, wenn er sich jedes Eingehens auf die Bestimmungen des betreffenden Vertrages um deshalb für überhoben hält, weil der Verklagte dem Vertrage nicht beigetreten ist. Er verletzt dadurch den § 145 a. a. O., indem er den dinglichen Karakter des darin erwähnten Untersagungsrechts außer Acht läßt.

Der Appellationsrichter stellt zwar auch fest, daß der Kläger nicht ausdrücklich behauptet habe, ein Untersagungsrecht im Sinne des § 145 gegen den Verklagten erworben zu haben. Wenn er aber darin noch einen weiteren Grund hätte finden wollen, um über den Vertrag vom 15. Februar 1877 hinwegzugehen, so würde er auch dadurch den § 145 a. a. O. verletzt haben; denn das von dem Kläger prätendirte Fensterrecht ist ein Untersagungsrecht im Sinne jener Bestimmung, ein Recht, welches der Kläger, als Besitzer seines Grundstücks, gegen den Nachbar geltend macht, und vermöge dessen er sich für befugt erachtet, diesem das Verbauen seiner Fenster zu untersagen. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers ist daher begründet.

Ebenfalls ist die von dem Verklagten gegen den verurtheilenden Theil des Appellationserkenntnisses eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde, welche auf Verletzung der §§ 139 und 144 A.L.R. I. 8 und des § 15 der Baupolizei-Ordnung für den Regierungsbezirk Bromberg vom 1. Juni 1874 gestützt wird, begründet.

Wenn der § 144 A.L.R. I. 8 vorschreibt:

> Sind aber die Fenster des Nachbars, vor welchen gebaut werden soll, noch nicht seit zehn Jahren vorhanden, so ist der Bauende bloß an die § 139 bestimmte Entfernung gebunden,

so wird dadurch dem Bauenden nicht eine Beschränkung auferlegt, welche von der des § 139 a. a. O. verschieden ist und aus welcher der Nachbar für seine Fenster ein Lichtrecht herleiten könnte, sondern die Bestimmung des § 144 besagt nur, daß, wenn die Fenster, vor welchen gebaut werden soll, noch nicht seit zehn Jahren vorhanden sind, der Bauende nur an die ihm durch den § 139 auferlegte Beschränkung gebunden ist, d. h. daß er mit einem neu zu errichtenden Gebäude von dem älteren Gebäude des Nachbars, wenn nicht besondere Polizeigesetze ein Andres vorschreiben, wenigstens drei Werkschuhe zurücktreten muß. Der § 144 a. a. O. läßt, wie in dem Erkenntnisse des preuß. Ober-Tribunals vom 28. Februar 1861 (Entscheidungen Bd. 45 S. 63) zutreffend ausgeführt wird, das Interesse des Nachbars an der Zuführung von Licht außer Berücksichtigung und stellt denjenigen, welcher nach dem Nachbargrundstücke führende Fenster hat, gegenüber dem Bauenden, jedem anderen Besitzer eines Gebäudes, neben welchem ein Nachbar bauen will, gleich. Er gewährt einen Lichtschutz dem Nachbar überhaupt nicht, sondern nur, unabhängig von dem Lichtbedarf, das Zwischenraumsrecht des § 139 a. a. O. Das verkennt der Appellationsrichter, wenn er, davon ausgehend, daß dem Kläger das in dem § 139 erwähnte Recht des Zwischenraumes nicht zu Statten kommt, weil dasselbe durch die Baupolizei-Ordnung für den Regierungsbezirk Bromberg beseitigt ist, gleichwohl meint, daß der Kläger den § 144 a. a. O. für sich in Anspruch nehmen dürfe, weil dieser das Lichtrecht desjenigen schütze, vor dessen Fenstern gebaut werden solle, wenn dieselben auch noch nicht zehn Jahre vorhanden seien. Wenn diese Auslegung des § 144 richtig wäre, würde es unerfindlich sein, weshalb ein Lichtrecht, wie der Appellationsrichter weiter annimmt, dem Fensterbesitzer nur dann zur Seite stehen soll, wenn vor den Fenstern ein Neubau aufgeführt

wird, und das Gesetz ihm den Lichtschutz versagen soll, wenn die Fenster durch die Erhöhung eines bereits bestehenden Gebäudes verbaut werden. Daß die Auslegung des Appellationsrichters aber unrichtig ist, ergiebt sich unzweideutig aus dem Wortlaute des § 145 a. a. O. Wenn danach in dem Falle, daß die Fenster des Nachbars, vor welchen gebaut werden soll, noch nicht zehn Jahre vorhanden sind, der Nachbar dem Bau, wodurch ihm das Licht benommen wird, nur insofern widersprechen kann, als er ein Untersagungsrecht dagegen besonders erworben hat, so folgt daraus, daß ihm beim Mangel eines solchen Untersagungsrechts ein Anspruch auf Lichtschutz nicht zusteht. Ganz verschieden davon ist die Frage, ob ihm auf Grund des anderen Interessen dienenden § 139 a. a. O. ein Recht zusteht, dem Bau zu widersprechen. Diese Frage muß aber verneint werden, wenn der § 139 durch Polizeigesetze außer Kraft gesetzt ist. (Daß dies der Fall sei, wird dann näher dargelegt.)

---

## Nr. 28.

**Für die Verjährung eines Forderungsrechts ist das örtliche Recht der Obligation, nicht das Recht, welches am Orte des Gerichts gilt, maßgebend.**

A.L.R. I. 9 §§ 501, 504, 568, 569.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Civilsenat) vom 3. Dezember 1879 in Sachen Phönix (Verklagten) wider Flamm (Kläger).

Bei Beurtheilung der vom Verklagten eingelegten Revision gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appellationsgerichts zu Hamm ist der Einwand der Verjährung zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Das preußische Gesetz vom 31. März 1838 ist nach seinem Eingange ausdrücklich nur für den Geltungsbereich des Allg. Landrechts erlassen, findet also vorliegend keine Anwendung. Denn für die Verjährung eines Forderungsrechts ist das örtliche Recht der Obligation maßgebend, weil die Verjährung nicht als ein Prozeß-Institut, sondern als ein Institut des materiellen Rechts, welches den Bestand des fraglichen Forderungsrechts berührt, aufzufassen ist. Dies ist vom Reichs-Oberhandelsgericht in den sowohl für das gemeine wie das preußische Recht zutreffenden Gründen in der veröffentlichten Entscheidung vom 17. Oktober 1874 —

Entscheidungen Bd. 14 S. 258 —
überzeugend ausgeführt, und genügt die Hinweisung darauf.

Demgegenüber erscheint die abweichende, übrigens verschiedentlich motivirte Auffassung des preuß. Ober-Tribunals —

vergl. Entscheidungen Bd. 10 S. 102; Bd. 11 S. 232; Striethorst, Archiv Bd. 36 S. 90; Bd. 50 S. 258 —

nicht haltbar. Gerade nach preußischem Recht ist die Wirkung der erlöschenden Verjährung die Aufhebung des verjährten Rechts. Die §§ 568, 569 A.L.R. I. 9 haben diese materielle Wirkung auf den Bestand der Rechte nicht aufgehoben, sondern (in Folge der zur Zeit der Abfassung des Landrechts herrschenden falschen Theorie) nur noch das Erforderniß des guten Glaubens für die Extinktivverjährung aufgestellt.

A.L.R. Einl. § 107, I. 6 § 54, I. 9 §§ 501, 504, I. 16 §§ 7, 377.
Dernburg, preuß. Privatrecht Bd. I. S. 48, 49, 347, 348.
Förster, preuß. Privatrecht Bd. I. S. 60 ff. und S. 292 ff.
Savigny, System Bd. VIII. S. 273 ff.

---

## Nr. 29.

**1. Die Klageverjährung beginnt mit dem Augenblick, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit gefordert werden kann.**

A.L.R. I. 9 §§ 516, 545.

**2. Der Formmangel eines Vertrages wird durch nachfolgendes Anerkenntniß gehoben. Die Anstellung der Klage auf Erfüllung enthält ein Anerkenntniß des Vertrages.**

A.L.R. I. 5 §§ 185 ff.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 17. Dezember 1879 in Sachen Olek u. Gen. (Kläger und Widerbeklagte) wider Olek (Verklagten und Widerkläger).

Die in der Widerklage gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appellations-Gerichts zu Posen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist für begründet erachtet aus folgenden

### Gründen:

Gegenstand der Beschwerde ist die auf die Widerklage vom Appellationsrichter ausgesprochene Zuerkennung von 59 Thlr. 10 Sgr. gleich 178 Mk. laut Vertrag der Parteien vom 10. Februar 1846

zu Johanni desselben Jahres fälligen Kaufgeldes nebst Verzugszinsen. In Ansehung des zuerkannten Mehrbetrages und des Klageanspruchs ist das Erkenntniß rechtskräftig. Der Appellationsrichter hat die gegen die Widerklage auf Zahlung der 178 Mk. von den widerbeklagten Erben des Käufers erhobene Verjährungseinrede verworfen, weil die erlöschende Verjährung bezüglich dieses Postens erst von dem Momente beginnen konnte, in welchem Widerkläger als Verkäufer eines Grundstücksantheils Strenze Nr. 32 des Rechts auf Rückforderung des Kaufgegenstandes verlustig gegangen und an den Kaufvertrag gebunden worden, was erst 30 Jahre nach dem Vertragsschluß geschehen sei. Dabei ist als Thatsache vorausgesetzt, daß Widerkläger den Vertrag nur unterkreuzt, aber sofort durch Uebergabe erfüllt, der Käufer Jakob D. den Vertrag unterschrieben hat, und an ersteren auch jedenfalls 40 Thlr. 20 Sgr. Kaufgeld baar bezahlt sind, während die Berichtigung des Ueberrestes behauptet ist, aber nicht nachgewiesen werden kann.

Unter diesen Umständen erscheint die Beschwerde wegen Verletzung des A.L.R. I. 9 §§ 516, 545 begründet. Denn die Klageverjährung beginnt nach diesen Vorschriften mit dem Zeitpunkte, in welchem die Erfüllung der betreffenden Verbindlichkeit gefordert werden konnte, und dieser Forderung insbesondere ein äußeres oder in der Beschaffenheit des Rechts beruhendes Hinderniß nicht entgegenstand. Dies ist, von hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen abgesehen, die Regel. Der Beginn der Verjährung ist also nicht davon abhängig, daß der Berechtigte eines ihm angeblich aus demselben Rechtsverhältnisse zustehenden Rückforderungsrechts verlustig gegangen ist, wenn nicht nachgewiesen wird, daß dieses letztere Recht das Erfüllungsverlangen hinderte. Da dies nicht geschehen, so sind die bemerkten Vorschriften durch Nichtanwendung verletzt, und die Entscheidung ist, soweit sie die Widerbeklagten zur Zahlung von mehr als 165 Mk. und Zinsen verurtheilt, nichtig.

In der Sache selbst steht fest, daß Widerkläger den Kaufvertrag vom 10. Februar 1846, laut welchem das streitige Kaufgeld Johanni desselben Jahres fällig war, nur unterkreuzt, der Erblasser der Widerbeklagten denselben unterschrieben hat. Der Vertrag enthielt danach das verbindliche Anerkenntniß des Käufers und erhielt durch das nachfolgende Anerkenntniß des jetzigen Widerklägers volle Wirksamkeit. Ein solches Anerkenntniß lag aber in einer von letz-

terem auf Erfüllung des Vertrages angestellten Klage, und alle aus dem Formmangel des letzteren herzunehmenden Einreden wurden dadurch ausgeschlossen —

vgl. die Präjudizien des preuß. Ober-Tribunals vom 29. Juni 1838 Nr. 495 und vom 2. Oktober 1841 Nr. 1046, sowie Bornemann, Erörterungen Bd. I. S. 187.

Hieraus ergiebt sich, daß der Formmangel des Vertrages den jetzigen Widerkläger nicht hinderte, das jetzt geforderte Kaufgeld zur vertragsmäßigen Fälligkeit in wirksamer Weise einzuklagen, während andere Hindernisse nicht konstiren. Daß er auch das Rückforderungsrecht hatte und sich für die Rückforderung der Kaufsache entscheiden konnte, ist kein solches Hinderniß; die Rückforderungsklage unterlag ihrer eigenen Verjährung, und nicht ihre Versäumniß, sondern der Vertrag begründete die Klage auf Erfüllung. Die Klageverjährung hat somit mit der Fälligkeit des Kaufgeldes begonnen und war, da die behauptete Unterbrechung widerlegt ist, bei Anstellung der Widerklage im September 1878 vollendet. Deshalb war die Forderung von 178 Mk. und Zinsen abzuweisen.

---

## Nr. 30.

**Die Vorschrift, daß beim Kaufvertrage keiner der Kontrahenten wider des andern Willen Sache und Kaufgeld zugleich nutzen kann, gilt nur für die den Vertrag abschließenden Personen, nicht für den dritten Besitzer der verkauften Sache.**

A.L.R. I. 11 § 109.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) in Sachen Münch wider Fiskus vom 3. Dezember 1879.)

Ein Vorbesitzer der Verklagten und Implorantin hat 1812 beim Ankauf des jetzt ihr gehörigen Grundstücks vom Domainenfiskus die demnächst im Grundbuche eingetragene Verpflichtung übernommen,

sich der Erhöhung oder Erniedrigung der — übernommenen — Grundsteuern gegen Rückzahlung oder Nachzahlung des verhältnißmäßigen Theils der Kaufsumme, die Steuern zu 4 Prozent in Kapital gerechnet, zu unterwerfen.

Dieser Bestimmung gemäß ist der nachzuzahlende Betrag für die in Folge des Gesetzes vom 21. Mai 1861 ermäßigte Grundsteuer berechnet. Zugleich verlangte Fiskus Zinsen vom 1. Januar 1865, weil mit diesem Zeitpunkte die Steuerermäßigung eingetreten war.

Der zweite Richter (das frühere preuß. Appellationsgericht zu Breslau) hat den Zinsanspruch für begründet erachtet, weil kein Kontrahent Sache und Kaufgeld zugleich nutzen dürfe. A.L.R. I. 11 § 109.

Die von der Verklagten gegen diese Entscheidung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist für begründet erachtet, und der Zinsanspruch aberkannt aus folgenden

Gründen:

Die Beschwerde betrifft die 5pCt. Zinsen von 2944 Mk. 25 Pf. seit 1. Januar 1865, welche die Beklagte nach den Vorderurteln zusammen mit dem Kapital zu zahlen hat, und stützt sich auf dem Appellationsrichter zur Last fallende Verletzung der §§ 109 I. 11 und 71 I. 16 A.L.R. — —

Der § 109 a. a. O. betrifft aber nur das Rechtsverhältniß der Kaufkontrahenten in Beziehung auf die Nutzung der Kaufsache und des vereinbarten Kaufgeldes und spricht nur einen in der regelrechten Vertragswirkung begründeten Satz aus. Auf das Verhältniß des bloßen Besitzers der für das Kaufgeld verpfändeten Sache zum Verkäufer ist er ganz unanwendbar. Die auf ihn gestützte Entscheidung ist daher in dem von der Beschwerde betroffenen Umfange nichtig. In der Sache selbst aber ist der gemachte Zinsenanspruch ungerechtfertigt. Denn es ist das eingetragene vertragsmäßige Recht auf Nachzahlung von Kaufgeld, also lediglich ein hypothezirtes Forderungsrecht, gegen die Besitzerin des belasteten Guts geltend gemacht und rechtskräftig zuerkannt. Der in der Klage behauptete Zahlungsverzug würde, wenn er vorhanden wäre, die Beklagte nicht treffen, weil gar keine Zinsverpflichtung eingetragen ist, die Beklagte nur mit dem Gute haftet und die Hypothek sich nach dem hier maßgebenden Rechte — A.L.R. I. 20 § 483 — auf Verzögerungszinsen nicht erstreckt, und nach dem neueren Rechte — § 30 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 — auf uneingetragene Zinsen überhaupt nicht.

---

## Nr. 31.

**1. Das Rückforderungsrecht bei formlosen Schenkungen ist nur im Falle der körperlichen, nicht auch der symbolischen Uebergabe der geschenkten Sache ausgeschlossen.**

A.L.R. I. 11 §§ 1065, 1068.

**2. Die Aushändigung der Schlüssel eines verschlossenen Behältnisses ist keine körperliche Uebergabe der in dem Behältniß befindlichen Sachen.**

A.L.R. I. 7 § 65.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 11. Dezember 1879 in Sachen Drenske u. Gen. wider Fleck.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Kläger gegen das Erkenntniß des Kammergerichts ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Dadurch, daß der Appellationsrichter nur die wirkliche (Natural-) Uebergabe der geschenkten Sache für ausreichend erachtet, nicht aber die in der Hingabe des Schlüssels zu dem Aufbewahrungsorte des Geldes etwa liegende symbolische Uebergabe, um bei dem Mangel der Schriftform die Schenkung zu einer gültigen zu machen, hat er nicht, wie die Imploranten behaupten, die §§ 1065 und 1068 A.L.R. I. 11 verletzt. Denn was im § 1068 ausdrücklich in Bezug auf unbewegliche Sachen gesagt ist, nämlich daß eine wirkliche Natural-Uebergabe, wodurch die geschenkte Sache in den Besitz und den Gewahrsam des Beschenkten gelangt, erfolgt sein muß, um den Mangel der Form zu ergänzen, das muß auch in Betreff beweglicher Sachen bezüglich der Art der Uebergabe gelten, wenngleich das A.L.R. im § 1065 sich nur des allgemeinen Ausdrucks bedient: „Ist die geschenkte bewegliche Sache dem Geschenknehmer bereits übergeben worden." Denn es fehlt an jedem Grunde, nur bezüglich unbeweglicher Sachen eine körperliche Uebergabe im Sinne des § 61 A.L.R. I. 7 zu erfordern, nicht aber auch bezüglich beweglicher Sachen. Eine bloß symbolische Uebergabe kann daher nicht ausreichen, um den Mangel der Form zu ergänzen. Dies erkennen die Imploranten auch selbst insofern an, als sie behaupten, im vorliegenden Falle sei nicht eine symbolische Uebergabe anzunehmen, sondern wenn die Uebergabe der Schlüssel bei dem verschlossenen Behältniß selbst geschehe, sei die Uebergabe eine solche, wie die §§ 1065 und 1068 voraussetzen. Denn dann sei der Beschenkte sofort in den

Stand gesetzt, über die Sache physisch zu disponiren, und es sei dadurch der Schenker aus der persönlichen Herrschaft über die Sache gesetzt. Sie beziehen sich dabei auf die Ausführung in den Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 62 S. 389. Allein sie geben dieser Entscheidung eine Deutung, die sie nicht hat. Denn gerade in dieser Entscheidung ist ausgeführt, daß der § 1068 ein auf alle Sachen anwendbares Prinzip enthalte, welches dahin ausgesprochen werde:

> Der Geschenknehmer muß in die Lage versetzt sein, daß er zum Zwecke der thatsächlichen Verfügung über die geschenkte Sache mit dem Schenker nicht mehr in Konflikt kommen, vielmehr unmittelbar über sie körperlich verfügen kann.

Speziell heißt es dann:

> Die symbolische Uebergabe insbesondere ist ungenügend, wenn dadurch der Schenker nicht aus der körperlichen Herrschaft über die Sache gesetzt ist.

Damit ist also gesagt, die nach A.L.R. I. 7 § 65 durch Uebergabe der Schlüssel erfolgte symbolische Uebergabe ist für sich allein ungenügend, um A.L.R. I. 11 §§ 1065 und 1068 in Anwendung zu bringen, es muß noch hinzukommen, daß der Schenker aus der körperlichen Herrschaft über die Sache gesetzt ist. Dies folgt aber weder aus der Uebergabe der Schlüssel bei dem verschlossenen Behältniß, noch auch hat eine dahin gehende Feststellung durch den Appellationsrichter stattgehabt. Daher ist auch der Vorwurf, der Appellationsrichter habe die Natur und das Wesen der symbolischen Uebergabe verkannt (Nr. 9. der Instruktion vom 6. April 1839), ein ungerechtfertigter.

---

## Nr. 32.

**Eine vom instituirten Erben erworbene Erbportion akkreszirt bei dessen Tode nicht dem Substituten.**

A.L.R. I. 12 §§ 281 ff.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) in Sachen Pieper wider Meyer vom 13. November 1879.)

Die verwittwete Frau H. hat in ihrem Testamente den Kläger und andere Verwandte zu Erben eingesetzt, und wörtlich bestimmt:

Sollten einer oder mehrere der genannten zehn Erben kinder-

los sterben, so fällt die dem oder denselben zugefallene Erbquote an Geld den noch lebenden Miterben zu gleichen Theilen zu.

Die Erbtheile sind festgestellt und den einzelnen Erben überwiesen. Ein Miterbe ist demnächst kinderlos verstorben und von der Verklagten ab intestato beerbt. Der Kläger verlangt, daß sie ihm die auf ihn fallende Quote des von ihrem Erblasser empfangenen H.schen Erbtheils auszahle.

Der erste Richter hat nach dem Klageantrage erkannt, der zweite (das frühere Apell.-Gericht in Stettin) die Klage abgewiesen. Der zweite Richter nimmt an, daß das H.sche Testament keine fideikommissarische, sondern eine gemeine Substitution enthält. Diese Feststellung, welche auf Auslegung des Testamentes beruht, erachtet das Reichsgericht für die Nichtigkeitsinstanz bindend. Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt Verletzung der §§ 281 ff. A.L.R. I. 12, und des Rechtssatzes, daß beim Ausfall eines Testamentserben der Zuwachs an die anderen Erben fällt. Sie ist jedoch zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der von der Nichtigkeitsbeschwerde formulirte Satz kann als allgemeine Rechtsregel nicht anerkannt werden. Das Recht des Zuwachses, das jus accrescendi, tritt ein, wenn von mehreren ernannten Erben nur einer oder der andere nicht Erbe sein kann oder will (A.L.R. I. 12 § 281). Es soll dann der „erledigte", d. i. freiwerdende Erbtheil — in Ermangelung einer Substitution — den übrigen eingesetzten Erben zuwachsen. Es ist klar und beruhet in dem Wesen des Rechtes selbst, daß es absorbirt wird durch die Thatsache des Erbanfalles und des Erbantritts. Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen hat diesen Rechtsgrundsatz im § 2273 ausdrücklich ausgesprochen. Da nun der Miterbe S. die Erbschaft nach der verwittweten Frau H. angetreten und seinen Erbtheil in Folge Auseinandersetzung erhalten, daran aber Sondereigenthum erworben hat (A.L.R. I. 9 § 367), so kann von einer Akkretion, d. i. von einem Zuwachse dieses erworbenen Erbschaftsvermögens zu den Erbtheilen der übrigen eingesetzten Erben, und daher von einer Verletzung der §§ 281, 282, 285 I. 12 a. a. O. überall nicht die Rede sein.

## Nr. 33.

**1. Der Geschäftsherr kann gegen den Verwalter, bevor die Rechnungslegung stattgefunden hat, sein Guthaben einklagen. Es ist Sache des Verwalters, seine Gegenansprüche durch Vorlegung der Rechnung oder auf andere Weise zu begründen.**

A.L.R. I. 14 §§ 135—137.

**2. Einrede, daß die Kontrahenten gewußt haben, der Käufer schließe den Vertrag nicht für sich, sondern im Auftrage eines Andern ab.**

A.L.R. I. 13 § 154.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 4. November 1879 in Sachen Koch wider die Reinsdorff'sche Konkursmasse.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten gegen das Erkenntniß des frühern preuß. Appell.-Gerichts zu Naumburg ist zurückgewiesen aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

### Gründen:

1. Nach der von dem Appellationsrichter in Bezug genommenen Sachdarstellung des ersten Richters hat der Verklagte 1000 Mark Vorschuß zur Bestreitung der Wirthschaftsausgaben für das Rittergut W. aus den Mitteln der Klägerin erhalten.

Wie letztere angiebt, sind hiervon Beträge von zusammen 490 Mark 5 Pf. verausgabt und Klägerin beansprucht gegenwärtig die Zurückerstattung des Restes. Verklagter hat eingewandt, daß er den ganzen Betrag zur Bewirthschaftung des Guts verwandt habe, und, wie in dem angefochtenen Erkenntniß erwähnt, in der Appellationsrechtfertigung erklärt, daß eine Rechnungslegung über die Verwendung der 1000 Mark seither nicht erfolgt sei. Der Appellationsrichter ist davon ausgegangen, daß es Sache des Verklagten gewesen, nachzuweisen, daß sein Guthaben größer sei, als der von der Klägerin zugestandene Betrag von 490 Mark 5 Pf., und hat denselben, da er einen solchen Nachweis nicht erbracht habe, zur Zahlung der von der Klägerin beanspruchten Summe verurtheilt.

Die Nichtigkeitsbeschwerde greift diese Entscheidung mit folgender Ausführung an: Der Verklagte sei in Beziehung auf das erwähnte Gut als Verwalter anzusehen; der Verwalter habe nach §§ 136, 137 I. 14 des A.L.R. nur dann die Beweislast für seine Ausgaben, wenn er es unterlassen habe, seine sämmtlichen Einnahmen und Ausgaben in die dazu bestimmten Bücher ohne Zeitverlust

einzutragen und mit bündigen Belägen zu versehen; Klägerin hätte daher die genaue und vollständige Buchführung des Verklagten angreifen oder nachweisen müssen, daß dieser dem § 136 a. a. O. überhaupt nicht genügt habe; nur im letzteren Falle hätte den Verklagten die Beweislast treffen können. Dieser Angriff erscheint verfehlt.

Der § 135 I. 14 des A.L.R. erklärt den Verwalter fremder Güter für verpflichtet, von allen Geschäften Rechenschaft abzulegen. § 136 bestimmt, daß derselbe alle Einnahmen und Ausgaben in die dazu bestimmten Bücher einzutragen und mit bündigen Belägen zu rechtfertigen hat, und § 137 fügt hinzu, daß, wenn er dieses unterläßt, seine Angabe nur so weit gilt, als er deren Richtigkeit nachweisen kann. Hiernach liegt auch dem Verwalter die Verpflichtung ob, die Verwendung der ihm von dem Geschäftsherrn anvertrauten Gelder entweder nach der Vorschrift des § 136 oder nach den allgemeinen Beweisregeln zu justifiziren. Diese Vorschriften stehen im Wesentlichen mit den sonstigen Grundsätzen über die Verpflichtung zur Rechnungsablage in Uebereinstimmung, insbesondere findet sich in denselben keine Abweichung von der anerkannten Rechtsregel, (vgl. z. B. auch Dernburg, Preußisches Privatrecht II. S. 98, Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 12 S. 366 ff. und die dort angeführten Erkenntnisse), daß der Geschäftsherr, welcher von seinem Bevollmächtigten, oder Geschäftsführer Rechnungslegung verlangen kann, hierdurch nicht behindert ist, sein Guthaben einzuklagen, bevor die Rechnungslegung stattgefunden hat, und daß es in einem solchen Falle lediglich Sache des Rechnungspflichtigen ist, seine Gegenansprüche durch Vorlegung einer Abrechnung oder auf andere Weise zu begründen und darzuthun. Nach der mit dem Sachverhalt übereinstimmenden Annahme des Appellationsrichters hat der Verklagte eine dem § 156 a. a. O. entsprechende Rechnungsführung nicht behauptet und nicht vorgelegt, mithin Verwendungen des streitigen Vorschusses über den von der Klägerin eingeräumten Betrag hinaus nicht justifizirt. Hiernach erscheint der Einwand des Verklagten nicht begründet. Daß eine dem § 136 a. a. O. entsprechende Rechnungsführung zur Begründung eines Gegenanspruchs auf den dadurch nachgewiesenen Betrag nicht genügend sein sollte, ist von dem Appellationsrichter in keiner Weise angedeutet, wie auch für ihn keine Veranlassung vorlag, sich hierüber auszusprechen.

2. Der Verklagte hat weiter von der Klägerin verschiedene Mobilien gekauft und überliefert erhalten, indessen gegen den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises den Einwand erhoben, er habe die Mobilien für den Amtmann K. gekauft. In Uebereinstimmung mit dem ersten Richter nimmt der Appellationsrichter thatsächlich an, daß der Verklagte bei der Verhandlung des Geschäfts nicht für K. aufgetreten ist, vielmehr in eigenem Namen kontrahirt hat, und erklärt denselben aus diesem Grunde für den Kaufpreis verhaftet, indem er es als unerheblich ansieht, wenn der Vertreter der Klägerin, wie in der Appellationsrechtfertigung behauptet worden, gewußt haben sollte, daß es sich um den Abschluß eines Vertrages für K. handle.

Die Richtigkeitsbeschwerde ficht diese Ausführung als rechtsirrthümlich an. Sie führt aus, daß, wenn der Vertreter der Klägerin bei Abschluß des Vertrags gewußt haben sollte, der Verklagte wolle nur als Bevollmächtigter des K. für diesen kaufen, der Verklagte nicht deshalb, weil er in eigenem Namen kontrahirt habe, persönlich für den Kaufpreis verhaftet sein könne, daß vielmehr höchstens eine falsa demonstratio in Ansehung der Person des Käufers vorliege, während in Wahrheit die Kontrahenten in Betreff des Käufers einig gewesen seien, und daß dieser Umstand dem Zustandekommen des Geschäfts im Sinne der wirklichen Willensmeinung der Kontrahenten nicht im Wege stehe.

Dieser Angriff könnte begründet erscheinen, wenn die betreffende Behauptung des Verklagten den Sinn hätte: der Vertreter der Klägerin habe bei dem Abschluß des Vertrags gewußt nicht allein, daß der Verklagte von K. mit dem Ankauf der Mobilien beauftragt sei, sondern daß er auch den Kaufvertrag nicht bloß für Rechnung des K., sondern auch in dessen Namen dergestalt, daß K. als Kontrahent der Klägerin gegenüber anzusehen sei, habe abschließen wollen. Die Behauptung des Verklagten, daß er als Bevollmächtigter des K. gehandelt und daß dies der Masseverwalter gewußt habe, ist aber auch mit einer andern Auffassung vereinbar. Wenn auch der Verklagte mit dem Ankauf der Mobilien von K. beauftragt gewesen ist und diesen Auftrag durch den Abschluß des Vertrags mit dem Masseverwalter hat ausführen wollen, so ist es hierdurch nicht ausgeschlossen, daß er für seine Person als Mitkontrahent der Klägerin hat gegenüber treten wollen, und daß er deshalb den Vertrag auf

seinen eigenen Namen abgeschlossen hat und hat abschließen wollen. Der dem Verklagten von K. ertheilte Auftrag kam auch auf diese Weise zur Ausführung. Dessen ungeachtet würde aber der Verklagte persönlich der Klägerin für die übernommenen kontraktlichen Verbindlichkeiten haften, auch wenn letztere von dem Auftrag des K. Kenntniß gehabt haben sollte. Der Apellationsrichter faßt nun die Behauptung, der Masseverwalter habe gewußt, daß der Verklagte als Bevollmächtigter des K. gehandelt habe, nicht in dem zuerst angedeuteten Sinne auf: es sei dem Vertreter der Klägerin bekannt gewesen, daß der Verklagte im Namen des K., so daß dieser der Klägerin gegenüber verpflichtet sein solle, habe kontrahiren wollen, denn er stellt fest, daß, wenngleich sich aus den Umständen ergeben haben möge, daß der Verklagte „für K.," was dem Zusammenhange nach nur bedeuten kann, in dessen Interesse und für dessen Rechnung gehandelt habe, er doch bei der Verhandlung des Geschäfts nicht für K. aufgetreten sei, sondern den Vertrag in eigenem Namen abgeschlossen habe. Diese thatsächliche Annahme des Appellationsrichters ist nicht angefochten. Muß sie daher als feststehend angesehen werden, so ist der § 154 A.L.R. I. 13 mit Recht zur Anwendung gebracht und der Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde nicht gerechtfertigt.

---

## Nr. 34.

**Der eingetragene Eigenthümer ist zur Anstellung der Eigenthumsklage in Betreff aller nach dem Kataster zu dem Grundstücke gehörigen Theile legitimirt.**

Ges. über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 § 7.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 29. November 1879 in Sachen der Gemeinde Klein-Netterden, Verklagten u. Implorantin, wider die Gebrüder Warthuysen, Kläger und Imploraten.)

Eine nach der Bezeichnung des Katasters auf dem betreffenden Grundbuchblatte eingetragene Parzelle ist von dem eingetragenen Vorbesitzer den Klägern aufgelassen und für sie umgeschrieben. Zu derselben gehört nach dem Kataster eine bereits 1836 bei der Katastrirung vermessene Landfläche, welche die Verklagte besitzt. Die auf Herausgabe dieser Fläche von den Klägern angestellte Klage ist von dem II. Richter (dem früheren preuß. Apell.-Gericht zu Hamm) für begründet erachtet, und die auf Verletzung des Eigth.-Erw.-G.

§ 7 gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde der Verklagten zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Nach der unangefochtenen Sachdarstellung des Appellationsrichters sind die Kläger entsprechend der Auflassung als Eigenthümer der Kataster-Parzelle IV. Nr. 221 Gemeinde Klein-Netterden eingetragen, zu welcher nach Maßgabe des Katasters die streitige Grundfläche bereits vor der Auflassung gehörte. Wenn der Appellationsrichter danach die Kläger zur Anstellung der Eigenthumsklage bezüglich des in Rede stehenden Grundstücks in seinem ganzen aus dem Kataster sich ergebenden Umfange, also auch bezüglich der Streitfläche, für legitimirt erachtet, so steht ihm der § 7 des Grunderwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 zur Seite und ist der Vorwurf der Nichtigkeitsbeschwerde, er verletze diese Gesetzesstelle sowie den § 4 der Grundbuch-Ordnung vom 5. Mai 1872 und den § 14 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht in keiner Weise begründet. Zunächst ist es unrichtig, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde behauptet, es sei die Zurückführung der Grundbuchblätter auf das Kataster im vorliegenden Falle noch nicht bewirkt worden. (Dies wird näher ausgeführt.) Das Wesentliche aber ist, daß es sich nicht um eine nachträgliche Bezeichnung des fraglichen Grundstücks nach dem Kataster handelt, sondern daß dasselbe bei der Auflassung schon in dieser Weise kennbar gemacht war, daß also darüber, daß Kläger nach Maßgabe der Auflassung und der dieser entsprechenden Eintragung als Eigenthümer des streitigen Areals eingetragen sind, kein Zweifel besteht. Dem gegenüber genügt von Seiten eines Dritten, der, wie hier die Verklagten, außerhalb des kontraktlichen Verhältnisses steht, welches der Auflassung zu Grunde lag, nicht die Berufung auf Irrthümer, welche bei der Katastervermessung vorgekommen sein sollen, auch wenn sie erweislich wären. Dadurch wird die Legitimation, welche aus dem angezogenen § 7 entnommen wird, nicht berührt. Mit Recht hat deshalb der Appellationsrichter von der Verklagten den Beweis verlangt, daß sie vor der Auflassung an die Kläger bereits selbst das Eigenthum der Streitfläche gehabt habe.

---

## Nr. 35.

**Die Eintragung als Eigenthümer in dem Grundbuche enthält dem wirklichen Eigenthümer gegenüber einen Eingriff in das Eigenthum, zu dessen Beseitigung die Eigenthumsklage gegen den Eingetragenen angestellt werden kann.**

Vgl. Entscheidungen des Ob.-Tribunals Bd. 80 S. 55.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 20. Dezember 1879 in Sachen Wullert u. Gen. (Verklagte) wider Grunert u. Gen. (Kläger).

Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Posen ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Die Angriffe der Imploranten sind unbegründet.

Da der Appellationsrichter feststellt, daß das Grundstück Stadt Mieszkow Nr. 63 Pertinenz des Grundstücks Nr. 61 und mit letzterem zusammen bei der nothwendigen Subhastation dem Käufer zugeschlagen und übergeben ist, so läßt sich nach den zur Anwendung kommenden Vorschriften des Allgemeinen Landrechts das Eigenthum der Imploraten, als Rechtsnachfolger des Adjudikutars, an dem Pertinenzstücke nicht bezweifeln. Vgl. A.L.R. I. 2 §§ 105 ff. und Präjudiz des Ober-Tribunals 852, Sammlung Bd. I. S. 49. Damit ist den Erfordernissen zur Anstellung der Eigenthumsklage in der Person der Imploraten genügt. Daß ferner die Eintragung als Eigenthümer im Grundbuche einen Eingriff in das Eigenthum enthält und die Eingetragenen passiv legitimirt, hat die landrechtliche Judikatur bereits in mehreren Fällen zutreffend ausgeführt.

Vgl. Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 80 S. 55 ff., Striethorst, Archiv Bd. 94 S. 362.

Daraus folgt, daß die Imploraten befugt sind, von den Imploranten die Anerkennung ihres Eigenthums und die Beseitigung der Hindernisse zu verlangen, welche der Eintragung desselben in das Grundbuch entgegenstehen.

Es kann deshalb in der Entscheidung des Appellationsrichters, daß die Imploranten verpflichtet sind, in der für das Grundbuchverfahren erforderlichen Form das Eigenthum der Imploraten anzuerkennen, keine Verletzung der Rechtsgrundsätze vom Eigenthum gefunden werden.

---

## Nr. 36.

**Verzug setzt schuldbare Nichterfüllung einer Verpflichtung voraus.**

A.L.R. I. 16 §§ 15 ff.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 15. Dezember 1879 in Sachen Wollnowski (Kläger) wider Preuß u. Gen. (Verklagte).

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Marienwerder ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Nach dem Thatbestande im zweiten Urtel haben die Eltern des Klägers am 14. Juli 1857 die Besitzung H. Nr. 26 dem Schwiegersohne S. mit der Verpflichtung verkauft, dem Kläger bis zu dessen Tode freie Beköstigung, Bekleidung, Bereinigung, Wohnung und Beheizung zu gewähren. Im November 1874 starb S. Seine Wittwe, welche mit ihm in Gütergemeinschaft gelebt hatte, übernahm das Grundstück zum Alleineigenthume und heirathete den Mitverklagten P. Kläger verlangt Entschädigung, weil ihm vom 17. Juli 1874 bis dahin 1877 Wohnung und Unterhalt nicht gewährt worden. Der Appellationsrichter hat die den Anspruch abweisende erste Entscheidung bestätigt; er nimmt an, es fehle an den nöthigen Anführungen dafür, daß die Beklagten in Verzug gekommen, und daß sie aus einem solchen dem Kläger statt der ihm nur zustehenden Naturalunterhaltung zu einer Geldentschädigung verpflichtet seien.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers behauptet, der Appellationsrichter verletze den Rechtsgrundsatz: dies interpellat pro homine, da es sich um Entrichtung einer fälligen Schuldigkeit handle.

Sie ist nicht begründet.

Der Rechtssatz: dies interpellat pro homine bedeutet, daß, wenn eine Erfüllungszeit festgesetzt ist, es seitens des Berechtigten einer Aufforderung zur Erfüllung (einer Interpellation) in der Regel nicht bedarf, A.L.R. I. 16 §§ 15, 20. Daraus folgt aber nicht, daß nach Eintritt der Fälligkeit der Schuldner, welcher nicht leistet, sich stets im Verzuge befindet. Ein solcher ist vielmehr nur anzunehmen, wenn der Schuldner die Erfüllung schuldbar verzögert hat. Dies ist aber namentlich nicht der Fall, wenn der Gläubiger selbst sich nicht in der Lage befindet, die Erfüllung anzunehmen, wenn er dazu nicht bereit ist. Diese Voraussetzung für einen Verzug des Verpflich-

teten verneint hier der Appellationsrichter aus thatsächlichen Erwägungen, weil Kläger schon vor 18 Jahren aus dem Grundstücke fortgezogen sei, und weil derselbe seit 10 Jahren nach erfolgter Verheirathung einen eigenen Hausstand und eine eigene Wohnung habe. In der Annahme des Appellationsrichters, daß Kläger — welchem die Berechtigung aus § 5 des Vertrages von 1857 nur für seine Person, nicht auch für seine Ehefrau zustehe — zur Begründung des Entschädigungsanspruchs unter bestimmter Zeitangabe hätte behaupten und unter Beweis stellen müssen, daß er bei den Beklagten Aufnahme in ihr Haus für seine Person behufs Natural-Verpflegung verlangt habe, läßt sich daher eine Verletzung des gedachten Rechtssatzes keinesfalls finden. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob der Rechtssatz auf Rechtsverhältnisse der vorliegenden Art überhaupt Anwendung findet; vgl. Dernburg preuß. Privatrecht Bd. II S. 150, Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Bd. III S. 109.

---

## Nr. 37.

**Anfechtung eines Vergleichs wegen Rechnungsfehler. Unrichtige Ansätze im Nachlaßinventar sind Rechnungsfehler.**

A.L.R. I. 16 §§ 431, 432, 433, 418.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 13. November 1879 in Sachen Mazerat wider Giese.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Verklagten ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

### Gründen:

Der Appellationsrichter sieht auf Grund des Zugeständnisses der Verklagten zur gerichtlichen Verhandlung vom 18. September 1876 für festgestellt an, daß in dem dem Auseinandersetzungsrezesse zwischen Parteien vom 19. Mai 1875 zum Grunde liegenden Inventar des G.'schen gütergemeinschaftlichen Vermögens die Forderung des Thomas N., Vaters der Verklagten, mit Unrecht auf Höhe von 728 Thlr. 5 Sgr. zum Ansatz gebracht ist, daß dieselbe vielmehr nur auf Höhe von 300 Thlr. bestanden hat, und daß der Mehrbetrag von 428 Thlr. 5 Sgr. Mitgift gewesen ist, welche der N. seiner Tochter, der jetzt Verklagten, bei ihrer Verheirathung mit dem Adolph G. gezahlt hat.

Diese wesentlich thatsächliche Feststellung ist von der Imploranten mit einem zulässigen Angriffe nicht angefochten.

Der Appellationsrichter folgert hieraus, daß die Kläger — beziehungsweise deren Vormund — bei der Auseinandersetzung mit der Verklagten, als der hinterbliebenen Wittwe ihres Vaters G., über den Betrag der Schuld an den N. in Irrthum versetzt und damit nach A.L.R. I. 16 § 433 zur Anfechtung des Rezesses in diesem Punkte berechtigt seien.

Hiergegen richtet die Verklagte in der Nichtigkeitsbeschwerde zunächst den Vorwurf der Verletzung jenes § 433 und des § 418 a. a. O.

Auf den § 418 hat sich der vorige Richter nicht berufen, er könnte somit nur durch unterlassene Anwendung verletzt sein. Er handelt aber von Anfechtung eines Vergleichs wegen eines Irrthums über die Beschaffenheit des streitigen Rechts. Davon ist hier keine Rede.

Der von dem Appellationsrichter zur Begründung seiner Entscheidung herangezogene § 433 betrifft dagegen zwar nur den Fall, wenn in der einem Vergleiche zum Grunde gelegten Rechnung ein Irrthum vorgefallen. Allein ein Inventarium über einen Vermögensinbegriff ist nur eine Zusammenstellung der einzelnen zu dem Vermögensinbegriff gehörenden Stücke und eine Aufführung der Schuldposten, damit eine Berechnung des wirklichen Vermögens. Daß eine solche Berechnung unter den Begriff von „Rechnung" im Sinne jenes § 433 fällt, kann einem begründeten Bedenken nicht unterliegen. Jedenfalls ist die in dem Rezesse auf Grund des Inventars angelegte Berechnung des Nachlasses und der den Erben ausgeworfenen Erbtheile als eine Rechnung im Sinne des § 433 aufzufassen.

Dafür aber, daß unter den Irrthümern in einer solchen Rechnung bloß Irrthümer in der Kalkulation zu verstehen, wie Implorant auszuführen sucht, gewährt das Gesetz auch nicht den mindesten Anhalt. Solcher Rechnungsfehler geschieht in den vorhergehenden §§ 431, 432 Erwähnung.

(Die weiteren, den Vorwurf der Verletzung der Grundsätze über die Wirkung rechtskräftiger Entscheidungen betreffenden Ausführungen interessiren hier nicht.)

## Nr. 38.

**1. Den einzelnen Erben steht am Nachlaß nur ein ideelles Miteigenthum zu. Sondereigenthum erwerben sie erst durch die Theilung. Demgemäß ist allein die Gesammtheit der Erben — abgesehen von Individualrechten — zur Vertretung des Nachlasses aktiv und passiv befugt.**

A.L.R. I. 9 § 350, I 17 §§ 115 ff.

**2. Der Testaments-Exekutor ist Vertreter des Willens des Erblassers, nicht Vertreter der Erben. Seine Befugniß, die Nachlaßtheilung herbeizuführen, kann durch Verträge einzelner Erben unter einander nicht eingeschränkt werden.**

A.L.R. I. 12 §§ 557, 561. Anh. § 157 zu II. 18 § 421.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 27. November 1879 in Sachen Isecke wider Isecke u. Gen.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appellationsgerichts zu Cöslin ist zurückgewiesen aus folgenden, die angewendeten Rechtsgrundsätze ergebenden

### Gründen:

Das Vermögen eines Verstorbenen bildet — in seiner Gesammtheit — einen Inbegriff von Sachen und Rechten, eine Universitas, (A.L.R. I. 9 § 350) und das Eigenthum an dieser Gemeinschaft mit allen aus dem Eigenthum fließenden Rechten steht der Gesammtheit der Erben zu (A.L.R. I. 17 §§ 115 ff.). In Unterscheidung von dem erbschaftlichen Repräsentationssystem des römischen Rechts und der daraus abgeleiteten unbedingten Zerlegung des Gesammtvermögens in reale Einzeltheile (lex 54 Dig. 10. 2) stellen — nach dem Systeme des preußischen Rechts — die Rechte des Einzelerben an die Gemeinschaft nur ein ideelles, der Disposition zwar nicht entzogenes, aber in gewisser Beziehung durch das Resultat der Erbtheilung bedingtes Sondereigenthum dar (A.L.R. I. 17 §§ 4, 60 ff., Entscheid. Bd. 48, S. 118, Striethorst, Archiv Bd. 91 S. 5). Sondereigenthum mit realer Wirkung und zurückgeführt auf bestimmte Sachen — wird erst durch den Akt der Theilung ausgeschieden (Entscheid. Bd. 35 S. 352, Striethorst, Archiv Bd. 91 S. 5). Ein einzelner Erbe hat daher vor erfolgter Theilung keine selbständige und unbedingte Disposition über die zum Nachlasse gehörigen Sachen und Rechte, sondern — als Ausfluß seines ideellen Miteigenthums — nur diejenigen Befugnisse, welche — ohne Beeinträchtigung der Interessen der Gesammtheit — auf

den Schutz seiner Individualrechte gerichtet sind. (Entscheid. Bd. 68 S. 277). Aus alle dem folgt — und ist in der Rechtsprechung des preuß. Ober-Tribunals wiederholt anerkannt worden — daß — soweit es sich nicht um die Wahrung eines Individualrechtes handelt — nur die Gesammtheit der Erben zur Vertretung des Nachlasses und zur Verfügung über denselben aktiv und passiv legitimirt und berufen ist (Entscheid. Bd. 44 S. 96, Bd. 68 S. 280). Der Appellationsrichter hat diese Rechtsgrundsätze und die vorallegirten Gesetzesvorschriften nicht verletzt; dieselben vielmehr gerade zum Ausgangspunkte seiner Erwägung gemacht. Auch gegen A.L.R. I. 16 § 396, wonach ein jeder, welcher Verträge schließen kann, auch seinem Rechte zu entsagen befugt ist, hat er nicht gefehlt, da diese Vorschrift nur einen allgemeinen Legitimationsgrundsatz, keine Regel für das Vertretungsrecht der Erben aufstellt.

Die Nichtigkeitsbeschwerde macht dem Appellationsrichter nun noch den Vorwurf, daß er den Grundsatz verletzt habe:

„Der Verzicht eines einzelnen Miterben in tantum steht der Schuldklage der Testaments-Exekutoren entgegen.“

Allein auch dieser Vorwurf ist nicht anzuerkennen. Es kann dahin gestellt bleiben, ob den gegen einen Miterben klagenden Erben der Einwand entgegengesetzt werden kann, daß einzelne Kläger mit dem Verklagten paktirt, die eingeklagte Forderung erlassen oder sich sonst verglichen haben, und welche Wirkung ein solcher Einwand für den Prozeß und die rechtliche Entscheidung hat (A.G.O. I. 10 § 269, Entscheidungen Bd. 40 S. 308, Bd. 82 S. 68). In dem vorliegenden Rechtsstreite klagen nicht die Erben in eigener Person und aus eigenem, uneingeschränkten Rechte, sondern die Testaments-Exekutoren, also die zur Vollziehung des letzten Willens von dem Testator berufenen Personen. Ein Testaments-Exekutor ist nun aber, wenngleich er im Interesse des Erben handelt und dessen Angelegenheiten besorgt, nach A.L.R. I. 12 § 557 ein Bevollmächtigter des Testators und berufen und verpflichtet, dessen Instruktion und dessen Willen auszuführen (§ 560 a. a. O.). Den Wirkungskreis der Kläger, wie er durch das Testament bestimmt ist, hat der Apellationsrichter zwar nicht festgestellt; allein nach dem Zwecke des Institutes und nach dem Gesetze (Anh. § 157 zu A.L.R. II. 18 § 421) ist derselbe auf die Konstituirung, Verwaltung und Theilung der Nachlaßmasse gerichtet (Förster, Theorie und Praxis Bd. IV.

S. 176). Dadurch ist den klagenden Testaments-Exekutoren das Recht und die Pflicht gegeben, auch die Nachlaßforderung gegen den verklagten Miterben einzuklagen. Diese Thätigkeit — auf dem Willen des Testators und auf dem Gesetze beruhend — hat daher nicht zum Gegenstande und bezweckt nicht eine Stellvertretung der Erben oder eines Einzelerben, sondern eine Vertretung des Willens des Testators, die Ausführung einer testamentarischen Beschränkung, unter welcher der Erbe zur Erbschaft berufen und zu deren Erfüllung er verpflichtet ist. Der Testaments-Exekutor, wenn er im Interesse der Erben Erbschaftsangelegenheiten — also fremde Geschäfte — besorgt, leitet hierfür seinen Willen nicht aus dem Willen der Erben ab, sondern er vertritt den Willen des Testators — selbst gegen den Willen der Erben; denn im Streit und Zweifel hat seine Meinung vor der des Erben den Vorzug (I. 12 § 561 a. a. O.). Die Erben sind daher im Umfange des gesetzlichen und testamentarischen Wirkungskreises der Testaments-Exekutoren in Ansehung ihrer Disposition über den Nachlaß eingeschränkt und daher jedenfalls nicht befugt, vor der in jenen Wirkungskreis fallenden Theilung des Nachlasses und Auseinandersetzung der Betheiligten über Nachlaßgegenstände zu verfügen, diese dem Einflusse der Testaments-Exekutoren und dem Nachlasse selbst zu entziehen und dadurch die Thätigkeit der Testaments-Exekutoren, wie den letzten Willen des Testators vollständig aufzuheben und unbeachtet zu lassen. Dieser Mangel an Disposition der Erben würde schon einem Dritten — den Testaments-Exekutoren gegenüber — entgegenstehen, umsomehr aber dem Verklagten, welcher, als Miterbe, — im Umfange der klägerischen Berechtigung — durch das Testament unmittelbar selbst eingeschränkt ist. Sein Einwand des Erlasses ist daher den Klägern gegenüber und für ihr Klagerecht ohne Bedeutung. —

Entscheidungen Bd. 38 S. 362, Bd. 48 S. 95; Förster, a. a. O. § 255.

Abgesehen von diesem den Einwand des Verklagten beseitigenden Entscheidungsgrunde könnte die Frage über die Gültigkeit und Wirksamkeit des Erlasses seitens der Erben — mit Einfluß für die Nachlaßregulirung — nur unter Zuziehung der interessirenden Erben beantwortet werden. Diese ist aber keinerseits beantragt worden.

---

## Nr. 39.

**Ein Miterbe, welcher vor der Nachlaßtheilung Erbschaftsforderungen einklagt, muß das ihn aktiv legitimirende Individual-Interesse beweisen.**

A.L.R. I. 17 §§ 10, 151.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 9. Dezember 1879 in Sachen Bonk (Klägerin) wider Golombek (Verklagten).

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appellationsgerichts zu Ratibor ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Die Klägerin hat dem Appellationsrichter, der sie allein, ohne Zuziehung der Miterben zur Klage nicht für legitimirt erachtet hat, die Verletzung des A.L.R. I. 17 §§ 10 und 151 zum Vorwurfe gemacht, indem sie ausführt, daß das Recht, von dem Beklagten zu verlangen, daß er die Schuld zum Nachlasse der Gläubigerin zahle, zu den ihr als Miterbin zustehenden Individualrechten gehöre. Der Angriff erscheint nicht begründet.

Der Appellationsrichter stellt die Vorschrift des § 151 a. a. O., nach welcher die Erben die zur Erbschaft gehörenden Aktivforderungen, so lange sie im Miteigenthum stehen, nur gemeinschaftlich einziehen können, ausdrücklich als Regel hin. Schon hierdurch hat er zu erkennen gegeben, daß er der Vorschrift nicht eine ausschließliche, keine Ausnahme zulassende Anwendung vindizirt. Er hat es aber auch in seinen ferneren Erwägungen gradehin ausgesprochen, daß der einzelne Miterbe zum Zwecke der Wahrung eines berechtigten Individualinteresses befugt ist, ein zum Nachlasse gehöriges Aktivum durch einseitiges Geltendmachen desselben dem Schuldner gegenüber zu verfolgen, sofern dadurch nicht das Interesse der anderen Erben und des Schuldners beeinträchtigt wird. Er hat es auch anerkannt, daß die Sorge um die Feststellung, Erhaltung oder Sicherstellung des Nachlasses das individuelle Interesse jedes einzelnen Erben berührt. Dem Appellationsrichter fällt daher die gerügte Verletzung der §§ 10, 151 a. a. O. nicht zur Last. Derselbe verlangt nur, daß der allein klagende Miterbe sein Individualinteresse darthue, auch darlege, daß durch die Verfolgung desselben das Interesse der anderen Betheiligten nicht berührt werde, und dieses Verlangen ist ein begründetes; denn die Zulässigkeit der Klage des Einzelerben läßt sich nur in

jedem speziellen Falle nach den obwaltenden Umständen beurtheilen. Weil nun jene Darlegung zur Führung der Aktivlegitimation erforderlich ist, dem klagenden Theile aber der Nachweis seiner Legitimation obliegt, hat der Appellationsrichter, wenn er diesen Nachweis von der Klägerin fordert, auch der ihm ferner zur Last gelegten Verletzung der Grundsätze über die Vertheilung der Beweislast sich nicht schuldig gemacht.

---

## Nr. 40.

**Der Einwand, daß die Bestellung einer Grundschuld gesetzlich unzulässig gewesen ist, kann dem Erwerber der Grundschuld nicht entgegen gesetzt werden, wenn er die Thatsachen, auf welchen der Einwand beruht, nicht kennt, und wenn dieselben sich aus dem Grundschuldbrief nicht ergeben.**

Ges. über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 § 38.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 29. November 1879 in Sachen Kettner wider Wagner.)

Das auf den Namen des Klägers K. eingetragene Grundstück zu St. gehörte zu seinem und seiner Ehefrau gütergemeinschaftlichen Vermögen. Die Ehefrau ist gestorben und von ihrem Sohne Erdmann K. beerbt. Im Grundbuch ist vermerkt, daß der Erdmann K. den gütergemeinschaftlichen Antheil seiner Mutter erworben hat, und es ist sein Miteigenthum eingetragen. Erdmann K. hat auf seinen Antheil eine Grundschuld auf eigenen Namen eintragen lassen. Dieselbe ist durch mehrfache Cessionen an den Verklagten gelangt. Kläger hat sich mit seinem Sohne auseinandergesetzt und das Grundstück zum Alleineigenthum übernommen. Er behauptet die Ungültigkeit der Grundschuld, weil sein Sohn nicht befugt gewesen sei, einen Antheil des Grundstücks während der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu verpfänden. Er verlangt Löschung der Grundschuld. Daß die vom Kläger angeführten Thatsachen dem Verklagten nicht bekannt gewesen sind, steht durch dessen Eid fest.

Beide Instanzrichter (das frühere Kreisgericht und das Appell.-Gericht zu Stettin) haben auf Abweisung der Klage erkannt.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Es kann dahin gestellt bleiben, ob bei fortgesetzter Gütergemein-

schaft ein an diesem Verhältniß Betheiligter befugt ist, auf einem zu dem gütergemeinschaftlichen Vermögen gehörigen Grundstücke antheilsweise eine Grundschuld zu bestellen. Nach § 38 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb sind gegen den Anspruch aus einer Grundschuld Einreden nur soweit zulässig, als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen oder aus dem Grundschuldbriefe sich ergeben, oder die Thatsachen, auf welche sich dieselben gründen, dem Erwerber der Grundschuld bei deren Erwerb bekannt gewesen sind.

Der Anfechtungsgrund des Klägers, daß sein Sohn, der Besteller der Grundschuld, zu deren Bestellung einseitig nicht befugt gewesen, berührt nicht ein unmittelbares Verhältniß zwischen den gegenwärtigen Parteien, und daß die diesem Anfechtungsgrund unterliegenden Thatsachen aus dem allein maßgebenden Grundschuldbriefe nicht ersichtlich sind, hat der Appellationsrichter thatsächlich festgestellt.

---

## Nr. 41.

**Der Altentheil hat die rechtliche Natur einer Reallast und muß von demjenigen, welcher das belastete Grundstück in der Subhastation als Adjudikatar erwirbt, mit übernommen werden. Dasselbe gilt von der dem Uebernehmer des Grundstücks bei dem Erwerb auferlegten Verpflichtung zum Unterhalt der Kinder des früheren Besitzers. Ob dem zum Unterhalt Berechtigten die Wahl zusteht, statt der Naturalleistung eine Geldabfindung zu verlangen, ist für die rechtliche Natur des Anspruchs ohne Bedeutung.**

Ges. über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 § 47.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 13. Dezember 1879 in Sachen Arensberg (Verklagter) wider Witte (Klägerin.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appellationsgerichts zu Paderborn ist zurückgewiesen. Der Verklagte hat das Grundstück in nothwendiger Subhastation erstanden. Er will der Klägerin das in der dritten Abtheilung des Grundbuchs eingetragene Recht auf Verpflegung nicht zugestehen, weil dasselbe keine Reallast, sondern eine Hypothek sei. Der Einwand ist verworfen aus folgenden

### Gründen:

Als der Vater der Klägerin in dem Uebertragsvertrage vom 18. September 1872 seinem Sohne Hermann seine Besitzung Nr. 79

Waldorf unter Vorbehalt seines lebenslänglichen Nießbrauchs übereignete, vereinbarte er mit dem Uebernehmer eine von diesem an seine Geschwister einschließlich der Klägerin zu zahlende, bei Endigung des Nießbrauchs fällig werdende Geldabfindung. Bezüglich der Klägerin wurde wegen ihrer Kränklichkeit und Erwerbsunfähigkeit eine Zusatzbestimmung getroffen, und in Uebereinstimmung mit derselben unter Nr. 8d der dritten Abtheilung des Grundbuchs folgender Vermerk eingetragen:

> „50 Thlr. Abfindung für Charlotte Witte und, so lange sie diese nicht fordert und gezahlt erhalten hat, freie Verpflegung in allen Lebensbedürfnissen bei gesunden und kranken Tagen."

Wäre für die Klägerin lediglich die freie Verpflegung stipulirt und eingetragen worden, so würde eine Belastung des Grundstücks geschaffen worden sein, bei welcher ein relativ andauerndes dingliches Recht mit einer persönlichen Verpflichtung zu gewissen Leistungen verbunden wäre. Wie der Altentheil auf einem Vorbehalte des seitherigen Besitzers beruht, durch welchen der Grundstücksübernehmer verpflichtet wird, dem Ersteren aus dem Grundstücke einen lebenslänglichen Unterhalt zu gewähren, so würde die dem Uebernehmer auferlegte Pflicht zur Verpflegung von Geschwistern aus oder auf dem Grundstücke sich gleichfalls als ein vertraglicher Vorbehalt des übereignenden Vaters zu Gunsten und in Vertretung seiner anderen Kinder darstellen. Wie der Altentheil sowohl von gemeinrechtlichen wie von preußischen Rechtslehrern (vgl. Gerber Privatrecht 9. Aufl. § 254, Förster Privatrecht 3. Aufl. Bd. 3 S. 561) als eine auf spätere Grundstücks-Erwerber übergehende Reallast bezeichnet wird, auch in der Rechtsprechung des preuß. Ober-Tribunals als eine solche stets anerkannt worden ist (Entscheidung. Bd. 10 S. 12, Bd. 27 S. 280, Bd. 28 S. 27, Bd. 29 S. 301, Bd. 32 S. 347), so würde auch die vorbezeichnete Verbindlichkeit zur Verpflegung eines Kindes des abgehenden Grundstücks-Eigenthümers unter den Gesichtspunkt einer Reallast fallen. Es würde also auch derjenige, welcher das belastete Grundstück in einer Subhastation als Adjudikatar erwirbt, dieselbe mit übernehmen müssen.

Im streitigen Falle ist freilich das für die Klägerin konstituirte Recht mit einer Baarabfindung in Verbindung gebracht worden, in der Art jedoch, daß es von der freien Wahl der Klägerin abhängt,

ob sie die Baarsumme oder aber die Verpflegung wählen will. So lange, als sie die erstere nicht fordert und nicht gezahlt erhalten hat, bleibt in erster Reihe der Verpflegungsanspruch bestehen. Diesen letzteren, nicht die Geldforderung hat sie in ihrer Klage beansprucht, diese überhaupt seither nicht geltend gemacht, und hängt es lediglich von ihrem freien Willen ab, die Verpflegungspflicht des Grundstücksbesitzers zu einer lebenslänglichen zu machen. Demgemäß muß die rechtliche Bedeutung einer Reallast für die letztere aufrecht erhalten werden, ohne durch die erörterte Verbindung mit einer Geldforderung in dieser Richtung eine Beeinträchtigung zu erleiden.

Hieraus ergiebt sich auch, daß das Recht der Klägerin nicht, wie die Nichtigkeitsbeschwerde geltend macht, ein bedingtes, daß es vielmehr ein in ihre Wahl gestelltes alternatives Recht ist. Die Nichtigkeitsbeschwerde hebt ferner hervor, daß dasselbe zwar ein betagtes sei, insofern die Fälligkeit der Geldforderung mit der Endigung des väterlichen Nießbrauchs eintrete, daß aber nach § 47 des Eigenthums-Erwerbs-Gesetzes vom 5. Mai 1872 der Adjudikatar das Grundstück frei von Hypotheken erwerbe, daß betagte Hypotheken nach § 75 der Subhastations-Ordnung wie fällige behandelt würden, daß daher die Geldabfindung mit dem erfolgten Zuschlage als gefordert und mit der Erlegung der Kaufgelder als bezahlt betrachtet werden müsse. Diese ganze Argumention geht von der unrichtigen Voraussetzung aus, daß es sich überhaupt nur um eine Hypothek handle, während doch allein die Geldabfindung die Natur einer solchen hat, und die mit ihrer Realisirung verbundenen Rechtsfolgen nur eintreten würden, wenn sie gefordert wäre. Das im Grundbuche bei der Eintragung der Abfindung ausdrücklich mit eingetragene Wahlrecht der Klägerin kann ihr mithin durch die vorgedachten Gesetzesbestimmungen nicht verkürzt werden. Daß endlich die Eintragung in der dritten und nicht in der zweiten Abtheilung des Grundbuches erfolgt ist, ist an sich nicht geeignet, die rechtliche Natur des Anspruchs zu alteriren.

---

## Nr. 42.

**Kalenden, Vitaltag und Hausquartal sind Reallasten und deshalb Mennoniten von Zahlung derselben an die protestantischen Prediger nicht befreit.**

Edikt vom 30. Juli 1789. Gesetz vom 12. Juni 1874 (G.S. S. 238). Verordnung vom 30. Januar 1846 (G.S. S. 87).

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 20. November 1879 in Sachen Welke und Gen., Kläger und Imploranten, wider die evangelische Kirchengemeinde zu N. und Gen., Verklagte und Imploraten.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Kläger ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Die Kläger, sämmtlich Mennoniten und Besitzer von Grundstücken, welche in dem im großen Marienburger Werder belegenen evangelischen Kirchspiel N. eingepfarrt sind, haben beantragt:

a. die beklagte Kirchengemeinde zu verurtheilen, anzuerkennen, daß sie (die Kläger) weder für ihre Person, noch als Besitzer der von ihnen besessenen, in rubro benannten Grundstücke schuldig, an den evangelischen Pfarrer zu N. Kalende oder Kalendegeld, Vitaltag und Hausquartal zu entrichten;

b. die mitbeklagten Pfarrer zu verurtheilen, die im Laufe des Prozesses im Verwaltungswege von ihnen beigetriebene Kalende, Kalendegeld, Vitaltag und Hausquartal zu erstatten.

Die Kläger sind indessen mit diesen Anträgen durch gleichlautende Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Marienburg und des App.-Gerichts zu Marienwerder abgewiesen.

(Bei zwei Klägern ist die Klage aus besonderen, hier nicht interessirenden Gründen für begründet erachtet.)

Gegen dieses Erkenntniß haben die Kläger (mit Ausnahme des B. und der Wittwe F.) die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt; die Beschwerde erscheint indessen nicht begründet.

Es ist richtig, daß der Appellationsrichter eine Definition der Observanz aufstellt, welche von der in der Nichtigkeitsbeschwerde aufgestellten,*) von der Praxis der preußischen Gerichte konstant festge-

*) Die Nichtigkeitsbeschwerde stellt folgende Definition der Observanz auf: Observanz ist eine durch ein gleichmäßiges Verhalten aller Einwohner eines bestimmten Bezirks in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß ausgedrückte allgemeine Rechtsansicht.

haltenen Begriffsbestimmung sehr wesentlich abweicht, und daß er zu Unrecht die Kriterien der „vertragsmäßigen" Rechte und Pflichten, und zwar zwischen „bestimmten" Personen in den Begriff hineinträgt. Indessen ist dies für die Entscheidung selbst unschädlich geblieben, da der Appellationsrichter selbst seiner Entscheidung nicht jene unrichtige Definition, sondern in der That die Begriffsstimmung zu Grunde legt, welche die Nichtigkeitsbeschwerde als den verletzten Rechtssatz bezeichnet. Denn er nimmt als erwiesen an, daß durch das gleichmäßige Verhalten aller in das Kirchspiel N. eingepfarrten, evangelischen Grundbesitzer in Bezug auf ihr Parochialverhältniß die allgemeine Rechtsansicht ausgedrückt ist, daß jeder evangelische Grundbesitzer in der von den Beklagten behaupteten Weise die Abgaben, von welchen die Kläger befreit sein wollen, an die Pfarre zu leisten habe. Der Vorwurf, daß der Appellationsrichter die Rechtsgrundsätze von der Observanz verletze, ist unbegründet.

Der Appellationsrichter folgert ferner aus dieser von ihm für bewiesen erachteten Observanz, daß auch die Kläger, obwohl Mennoniten, zu diesen Leistungen verpflichtet sind. Auch hierin muß man ihm überall beitreten. Denn das Edikt vom 30. Juli 1789 (Rabe Bd. 1 Abth. 7 S. 780) bestimmt in § 2, daß alle mit Grundstücken angesessenen Mennoniten zur Unterhaltung der protestantischen Prediger nach Verhältniß ihrer Grundstücke eben dasjenige beitragen sollen, was ein protestantisches Mitglied von seiner Besitzung zu leisten verbunden ist.

Hiernach ist es unzweifelhaft, daß bis zum Erlaß des Gesetzes vom 12. Juni 1874 (G.-S. S. 238) die im Kirchspiel Neukirch mit Grundstück angesessenen Mennoniten diejenigen Lasten zu tragen hatten, welche nach der Feststellung des Appellationsrichters observanzmäßig den evangelischen Grundbesitzern oblagen.

Da nun aber durch dieses Gesetz nur die Vorschriften, nach welchen die Mennoniten zu persönlichen Abgaben oder Leistungen an evangelische oder katholische Kirchensysteme verpflichtet sind, aufgehoben sind, wogegen Abgaben und Leistungen, welche nicht persönlicher Natur sind, insbesondere solche, welche von allen Grundstücken des Bezirks oder doch von allen Grundstücken einer gewissen Klasse in dem Bezirk ohne Unterschied des Besitzers zu entrichten sind, durch das Gesetz nicht berührt werden, so entsteht die Frage, ob zur Zeit der Emanation dieses Gesetzes die hier in Rede stehenden Abgaben

als dingliche, auf den Grundstücken der Kläger haftende Lasten (Reallasten) anzusehen waren?

Dies ist vom Appellationsrichter bejaht, indem er annimmt, daß diese Lasten durch die Verordnung vom 30. Januar 1846 (G.-S. S. 87) in Reallasten verwandelt sind. Dem ist beizutreten; denn diese Verordnung bestimmt, daß diejenigen Abgaben und Leistungen, welche in dem großen und kleinen Marienburger Werder von evangelischen Grundbesitzern in Rücksicht auf ihren Grundbesitz zum Unterhalt der evangelischen Geistlichen entrichtet werden, künftig auf jeden neuen Besitzer des Grundstücks, ohne Unterschied des Glaubens, und zwar in der Eigenschaft als gemeine, in der kirchlichen Verfassung der beiden Werder gegründete Reallasten unverändert übergehen sollen. Da nun aber das Edikt vom 30. Juli 1789, wie hervorgehoben, die mennonitischen Grundbesitzer verpflichtet, dasjenige beizutragen, was ein protestantisches Mitglied von seiner Besitzung zu leisten hat, so mußte die Wirkung, vermöge deren den von den evangelischen Grundbesitzern zu entrichtenden Abgaben die Eigenschaft von Reallasten beigelegt wurde, auch bei den entsprechenden Leistungen mennonitischer Grundbesitzer eintreten. Sonst würden sie den protestantischen Besitzern nicht gleichgestellt sein. Es würde dem Grundgedanken des Edikts, welcher auf völlige Gleichstellung der Leistungen der Parochianen und der im Kirchspiel angesessenen Mennoniten geht, widersprechen, wenn man annehmen wollte, daß die Leistungen der letzteren persönliche geblieben seien.

In dieser Weise ist die Verordnung von 1846 auch von dem früheren preuß. Ober-Tribunal konstant aufgefaßt. (Entscheidungen Bd. 72 S. 170, Bd. 81. S. 250.)

Hiernach ist auch die Rüge der oben aufgeführten Gesetze (des Edikts von 1789, der Verordnung von 1846 und des Gesetzes von 1874) nicht begründet.

---

## Nr. 43.

**Die auf einem Grundstücke eingetragene Verpflichtung des Besitzers, für ein anderes Gut gegen ein bestimmtes Entgelt zu arbeiten, ist durch das Gesetz vom 2. März 1850 nicht aufgehoben.**

Gesetz vom 2. März 1850 §§ 2 Nr. 7, 6 und 9.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 27. November 1879 in Sachen Jäger wider Zelter.)

Die von dem Verklagten gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Stettin eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

### Gründen:

In dem Grundbuche des dem Verklagten gehörigen Grundstücks ist die Verpflichtung eingetragen, für das Gut des Klägers in jeder Heuerndte 10 Magdeburgische Morgen Wiese gegen ein Entgelt von 50 Pf. pro Morgen zu mähen.

Dieser Eintragung gemäß hat der Appellationsrichter den Verklagten, als Besitzer seines Grundstücks, für schuldig erachtet, auf Aufforderung des Klägers, als Besitzer seines Gutes, in jeder Heuerndte 10 Magdeburger Morgen Wiese gegen das gedachte Entgelt von 50 Pf. für jeden Morgen zu mähen.

Er nimmt an, daß die streitige Verpflichtung, ohne daß es auf die Entstehungsart derselben ankomme, unter die Bestimmung des § 2 Nr. 7 des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850, wonach die auf Grundstücken haftende Verpflichtung, gegen das in der Gegend übliche Tagelohn zu arbeiten, ohne Entschädigung aufgehoben ist, nicht falle und nur als eine solche anzusehen sei, welche nach den §§ 6 und 9 ff. a. a. O. unter Berücksichtigung des Geldwerths der Gegenleistung ablösbar ist, und folgert daraus das Fortbestehen der fraglichen Verpflichtung.

Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt Verletzung des § 2 Nr. 7 und der §§ 6 und 9 des Gesetzes vom 2. März 1850, weil der Umstand, daß im vorliegenden Falle eine feste Geldvergütung bestimmt sei, die Anwendung des § 2 Nr. 7 a. a. O. nicht ausschließe, denn die feste Geldvergütung übersteige entweder das in der Gegend übliche Tagelohn, oder bleibe hinter demselben zurück. Im ersteren Falle sei eine dem berechtigten Besitzer ganz werthlose Belästigung des Verpflichteten vorhanden und im letzteren Falle liege eine

kulturschädliche Belästigung vor, deren Aufhebung das gedachte Gesetz bezwecke.

Die Rüge ist unbegründet. Aus dem § 2 Nr. 7 a. a. O. läßt sich die Aufhebung der streitigen Verpflichtung, mag ihr Entstehungsgrund sein, welcher er wolle, nicht herleiten. Die auf einem Grundstück haftende Verpflichtung, gegen das in der Gegend übliche Tagelohn zu arbeiten, belastet das betreffende Grundstück, ohne dem Berechtigten unter gewöhnlichen Verhältnissen einen vermögensrechtlichen Vortheil zu gewähren, denn der Regel nach wird der Berechtigte auch ohne das Bestehen einer solchen Verpflichtung Personen finden, welche ihm für das übliche Tagelohn arbeiten. Mit Rücksicht hierauf konnte der Gesetzgeber ohne Verletzung offen zu Tage liegender Vermögensrechte dem Berechtigten für die Aufhebung derartiger Verpflichtungen, auch wenn sie nicht lediglich als ein Ausfluß der Gutsunterthänigkeit zu betrachten und deshalb schon durch das Edikt vom 9. Oktober 1807 für beseitigt anzusehen sind, jede Entschädigung versagen. Anders verhält es sich aber mit der hier in Frage stehenden Verpflichtung. Sie verbindet den Verklagten, als Besitzer seines Grundstücks, zum Mähen der Wiese gegen eine ein für alle Mal festgesetzte Vergütung pro Morgen und gewährt dem Kläger einen nach Geld zu schätzenden Vortheil, wenn der übliche Tagelohn die festgesetzte Geldvergütung übersteigt. Ohne vermögensrechtliche Nachtheile für den Kläger war deshalb die Verpflichtung nicht zu beseitigen. Schon dieser Umstand spricht entschieden dagegen, daß Verpflichtungen, wie die streitige, ohne Entschädigung haben aufgehoben werden sollen, und auch die Worte des Gesetzes geben dafür nicht den mindesten Anhalt. Der § 2 a. a. O. ist, da er bestehende Rechte ohne Entschädigung aufhebt und hierin eine Ausnahme von der allgemeinen Rechtsregel liegt, strikte zu interpretiren. Er hebt aber unter Nr. 7 nicht jede auf einem Grundstücke haftende Verpflichtung, für ein anderes Grundstück zu arbeiten, sondern nur diejenige auf, welche das Arbeiten gegen das in der Gegend übliche Tagelohn zum Gegenstande hat. Die Nichtigkeitsbeschwerde kann selbst nicht in Abrede stellen, daß, wenn die Arbeit gegen eine feste Geldvergütung geleistet wird, der Umfang der Verpflichtung ein anderer ist, als wenn die Arbeit gegen das übliche Tagelohn erfolgt, und daß namentlich dieses die festgesetzte Geldvergütung übersteigen kann. Wenn sie aber meint, daß dessen unerachtet die streitige

Verpflichtung und zwar auf Grund des § 2 Nr. 7 a. a. O. ohne Entschädigung für aufgehoben erachtet werden müsse, weil in derselben eine kulturschädliche Belästigung liege, deren Aufhebung das Gesetz vom 2. März 1850 bezwecke, so übersieht sie dabei, daß die Agrargesetze und insbesondere auch das Gesetz vom 2. März 1850 den Zweck, kulturschädliche Belastungen nach Möglichkeit zu beseitigen, im Allgemeinen nicht dadurch zu erreichen suchen, daß sie unter Nichtachtung wohlerworbener Rechte diese ohne Entschädigung aufheben, sondern daß sie die Ablösung derselben gestatten und so ihre Aufhebung gegen Entschädigung herbeiführen.

Da die Annahme des Appellationsrichters, daß die streitige Verpflichtung noch existirt, mit Erfolg nicht angegriffen ist, erledigt sich dadurch auch der fernere Vorwurf einer Verletzung der §§ 6 und 9 a. a. O. Existirt die Verpflichtung noch, dann befindet der Appellationsrichter sich in Einklang mit jenen Vorschriften, wenn er die Verpflichtung für eine solche erachtet, die der § 6 a. a. O. für ablösbar erklärt und für deren Abfindung nach § 9 a. a. O. die festgesetzte Geldvergütung zu Grunde zu legen ist.

---

## Nr. 44.

**Steine, durch deren Fortnahme kein Nachtheil für die Benutzung eines Grundstücks entsteht, gehören im rechtlichen Sinne nicht zur Substanz des Grundstückes. Der Nießbraucher kann sie deshalb in seinen Nutzen verwenden.**

A.L.R. I. 21 §§ 25 30, I. 2 §§ 4, 5.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 27. November 1879 in Sachen Gemeinde Reinberg wider Diedrich.)

Der Verklagte D. ist Vorsteher der Dorfgemeinde R. Zu seiner Remuneration gehört der Nießbrauch am sog. Schulzenacker. Er hat in dem Acker befindliche Steine ausgraben und sprengen lassen und sie dann in seinen Nutzen verwendet. Die Gemeinde R. klagt, als Eigenthümerin des Schulzenackers, auf Untersagung dieser Ausübung des Nießbrauchs und Schadensersatz. Der zweite Richter (das frühere preuß. Appell.-Gericht zu Stettin) hält die Klage für unbegründet. Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Ausführung des Appell.-Richters, daß Steine unterirdische Produkte des Grund und Bodens seien, und seine Annahme, daß der Nießbraucher deshalb zu deren Entnahme nach A.L.R. I. 21 § 39 berechtigt sei, für zutreffend erachtet werden kann, da seine Entscheidung noch durch einen andern Grund selbständig gestützt wird. Er geht davon aus, daß nicht alle Bestandtheile eines Grundstücks, welche nicht als Früchte anzusehen und daher im natürlichen Sinne für Theile der Substanz zu erachten sind, auch vom Gesetz als zur Substanz gehörig angesehen werden, daß im gesetzlichen Sinne zur Substanz vielmehr nur diejenigen Bestandtheile gehören, ohne welche das Grundstück nicht das sein kann, was es vorstellen soll und wozu es bestimmt ist. Dies entspricht den Bestimmungen A.L.R. I. 2 §§ 4 und 5. Mit Recht nimmt der Appellationsrichter an, daß im A.L.R. I. 21 §§ 25 und 30, wo dem Nießbraucher die Umänderung oder Verringerung der Substanz verboten wird, der Begriff der Substanz in dem Sinne der §§ 4 und 5 cit. verstanden werden muß.

Wenn daher der Appellationsrichter auf Grund der Gutachten der vernommenen Sachverständigen thatsächlich festgestellt hat, daß durch die Fortnahme der Steine zwar eine Verringerung der Substanz im natürlichen Sinne bewirkt werde, aber zugleich ausführt, daß es sich hier um ein als Acker und Wiese zu nutzendes Grundstück handle, welches durch Entfernung der darin enthaltenen einzelnen Steine nicht aufhöre das zu sein, wozu es bestimmt sei, und nach dem Gutachten der Sachverständigen durch die Säuberung von den Steinen sogar eine Erhöhung des Nutzungswerthes des Grundstückes als Acker und Wiese herbeigeführt sei, auch Verklagter hierbei nach Art eines guten Hausvaters gehandelt habe, also eine Substanzverminderung im rechtlichen Sinne der §§ 4 und 5 A.L.R. I. 2 und I. 21 § 30 sowie eine Ueberschreitung der dem Nießbraucher in A.L.R. I. 21 §§ 22, 25, 30 eingeräumten Befugnisse nicht vorliege, so befindet er sich im Einklang mit der vom preußischen Ober-Tribunal — Entscheidungen Bd. 57 S. 101 — gebilligten Auslegung dieser Gesetze, und der Vorwurf einer Verletzung derselben erscheint unbegründet.

---

## Nr. 45.

**1. Bestimmung der Zeit der Erfüllung durch den Richter.**
**2. Klage des Vermiethers auf Exmission, nachdem er das verpachtete Grundstück verkauft und aufgelassen hat.**

A.L.R. I. 5. §§ 230, 231. Eigenthumserwerbs-Gesetz vom 5. Mai 1872 §§ 1, 7.
(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) in Sachen Wagnitz wider Koch vom 11. November 1879.)

Kläger hat mittelst schriftlichen Vertrags vom 30. September 1872 einen Theil seines Grundstückes in K. von Martini 1872 bis dahin 1884 für jährlich 110 Thaler an den Verklagten verpachtet. Im Vertrage ist vereinbart: Pächter hat die Feldfrüchte gegen Hagelschaden bei Vermeidung der Kündigung zu versichern. Am 8. Juli 1877 sind die Früchte noch nicht versichert gewesen. Deshalb hat Kläger dem Verklagten an diesem Tage gekündigt. Sodann hat Kläger durch Vertrag vom 10. Juli 1877 unter Uebernahme der Verpflichtung, auf seine Kosten die Räumung des Pachtstückes zu Martini 1878 seitens des Beklagten zu bewirken, sein Grundstück an den Ackerbürger P. verkauft und am 9. November 1877 aufgelassen.

Mit der gegenwärtigen, am 29. Dezember 1877 angestrengten Klage hat er gegen den Verklagten:

1. Feststellung der Rechtsgültigkeit der Kündigung,
2. Verurtheilung zur Räumung des Pachtstücks zu Martini 1878 bei Vermeidung der Exmission

beantragt.

Durch Erkenntniß des Kreisgerichtes zu Wittstock ist Kläger abgewiesen, weil er in Folge der Veräußerung nicht mehr zur Klage legitimirt sei. Das Kammergericht hat dagegen den Verklagten nach dem Klageantrage verurtheilt. Dieses Erkenntniß ist vom Reichsgericht auf Revision des Verklagten bestätigt aus folgenden

### Gründen:

Der Verklagte hat durch die verspätete Versicherung nach § 2 des Pachtvertrages einen rechtmäßigen Grund zur Kündigung gegeben. Das Pachtstück ist ausweislich der beigebrachten Police am 12. Juli 1877 mit Roggen, Hafer, Erbsen bestellt gewesen. Daß dergleichen Früchte Anfangs Juli bereits so weit entwickelt sind, daß Hagel ihnen schädlich werden kann, erweist die tägliche Erfahrung.

Die Absicht der Parteien kann nur dahin gegangen sein, daß Pächter so zeitig zu versichern habe, daß er bei eintretendem Hagelschaden eine Vergütung zu erhoffen hatte. Verklagter hat gegen die ihm hiernach obliegende Pflicht verstoßen, indem er am 8. Juli 1877 noch nicht versichert hatte.

Die Annahme des Vorderrichters, daß Kläger nicht nöthig hatte, vor der Kündigung dem Verklagten noch durch den Richter eine Frist bestimmen zu lassen, binnen welcher derselbe zu versichern habe, verstößt nicht gegen §§ 230, 231 A.L.R. I. 5. Der in § 230 gemeinte Richter ist der Prozeßrichter. Dessen Entscheidung, wodurch eine vertraglich unbestimmt gelassene Frist bestimmt werden soll, wird dadurch veranlaßt, daß die Partei, welche die Zeit für gekommen hält, mit der Klage die Bestimmung des Richters, daß die Frist versäumt ist, anruft.

Hiernach war dem Kläger das Kündigungsrecht am 8. Juli 1877 gegeben, und verloren hat er das Recht, die Rechtmäßigkeit der Kündigung vom Richter feststellen zu lassen, nicht dadurch, daß er inzwischen das Pachtstück veräußert hat. Denn sein Interesse an dieser Feststellung hat um deshalb fortgedauert, weil er seinem Käufer gegenüber die Pflicht übernommen hat, die Räumung des Pachtstücks seitens des Verklagten zu bewirken.

Aber auch die Befugniß des Klägers, vom Verklagten mittelst Klage die Räumung des Pachtstücks nach Ablauf der Kündigungsfrist zu verlangen, kann einem Zweifel nicht unterliegen.

Freilich wird das Recht des Pächters, sobald er in den Besitz des Pachtstückes gelangt ist, ein dingliches (§§ 1, 2, 3, 358 A.L.R. I. 21, § 12 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 über Grunderwerb). Daraus folgt indessen nicht, daß beim Wechsel des Eigenthums am Pachtstücke das obligatorische Verhältniß zwischen dem ursprünglichen Verpächter und dem Pächter auch bezüglich solcher verpächterischer Rechte gelöst wird, in Betreff welcher der veräußernde Verpächter und der neue Eigenthümer ausdrücklich dahin kontrahiren, daß sie dem Veräußerer bleiben sollen. Bezüglich des Rechts, die Räumung des Pachtstücks vom Verklagten verlangen zu dürfen, ist im § 4 des Kaufvertrags vom 10. Juli 1877 die ausdrückliche Bestimmung getroffen, daß Kläger die Räumung zu bewirken habe. Diese Abrede ist vom Vorderrichter mit Recht dahin ausgelegt worden, daß die Kontrahenten darüber einig geworden sind, daß Kläger das Klage-

recht auf Räumung behalten solle. Eine solche Abrede ist gesetzlich nicht, namentlich nicht durch §§ 1, 7 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 über Grunderwerb verboten.

Ob diese Abrede den neuen Eigenthümer behindern würde, sich mit dem Verklagten über ein etwaiges Verbleiben im Pachtstücke zu einigen, ist nicht zu erörtern, weil ein dahin gehender Einwand nicht erhoben ist.

---

## Nr. 46.

**Wenn der Vermiether die vermiethete Sache nicht rechtzeitig übergiebt, darf der Miether vom Vertrage zurücktreten.**

A.L.R. I. 21 §§ 273, Einl. § 49.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 4. November 1879 in Sachen Ermisch u. Gen. wider Nickel.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Verklagten gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Naumburg ist zwar für begründet erachtet, die angefochtene Entscheidung jedoch aufrecht erhalten aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter ist — der Auffassung des ersten Richters entgegentretend — von der Annahme ausgegangen, daß den Beklagten der Nachweis obliege, daß sie den Kläger in den Stand gesetzt, beim Beginn der kontraktlichen Zeit das Pachtobjekt in Besitz zu nehmen, daß sie also ihrerseits den Vertrag erfüllt haben. Er erachtet diesen Nachweis für nicht geführt und stellt gegentheils fest, daß die Uebergabe der Pachtrealitäten am 1. August 1877 an den Kläger nicht stattgefunden hat, daß Beklagte auch nicht im Stande gewesen sind, damals die Uebergabe zu vollziehen, weil das Lokal sich noch im Pachtbesitze des früheren Pächters befunden hat, welcher dasselbe bis zum 1. Oktober 1882 gepachtet hatte und es in Folge der mit ihm unmittelbar vor dem 1. August 1877 eingeleiteten Unterhandlungen nicht am 5. August verlassen hat.

Bei dieser Sachlage hat der Appellationsrichter den Kläger auf Grund der §§ 272, 273 A.L.R. I. 21 zum Rücktritte vom Vertrage und zur Rückforderung der bestellten Kaution und des im Voraus gezahlten Pachtzinses für befugt gehalten, indem er ausführt:

Ganz zutreffend wird von Seiten des Klägers auf die Bestim-

mungen der §§ 272, 273 a. a. O. Bezug genommen, nach welchen ein Pächter oder Miether von dem Vertrage zurücktreten kann, wenn die verpachtete oder vermiethete Sache demselben nicht in brauchbarem Stande überliefert worden. Brauchbar und benutzbar war der verpachtete Gasthof für den Kläger offenbar nicht, wenn zu der für den Anfang seines Pachtrechts bestimmten Zeit der Gasthof ihm nicht übergeben werden konnte, weil derselbe noch in dem Pachtbesitze eines Andern sich befand.

Mit Recht haben Imploranten die Verletzung der gedachten Vorschriften gerügt. Diese Vorschriften sind nicht für einen Fall, wie der vorliegende, bestimmt, in welchem die verpachtete oder vermiethete Sache dem Pächter oder Miether beim Beginne der Kontraktzeit nicht übergeben werden kann, sondern beziehen sich auf den Fall, daß der Sache, zu deren Uebergabe der Verpächter oder Vermiether bereit ist, natürliche Fehler anhaften. Der Annahme des Appellationsrichters steht der Wortlaut des Gesetzes entgegen. Denn nachdem § 272 verordnet, daß das Pacht- oder Miethsobjekt dem Pächter oder Miether in brauchbarem Stande überliefert werden muß, bestimmt § 273, daß, wenn dies nicht geschieht, der Pächter oder Miether die Verpächter oder Vermiether dazu und zum Ersatze des aus der kontraktwidrigen Beschaffenheit der Sache entstandenen Nachtheils anhalten oder die Annahme verweigern und vom Vertrage abgehen kann, und nach der weiteren Vorschrift des § 274 gebühren dem Pächter oder Miether, wenn er die Sache hat in brauchbaren Stand setzen lassen, wegen Zurückforderung der darauf nothwendig oder nützlich verwendeten Kosten die Rechte eines solchen, der fremde Geschäfte ohne Auftrag besorgt hat. Es leuchtet ein, daß das Gesetz von der Voraussetzung ausgeht, der Uebergabe stehe ein Hinderniß nicht entgegen, die Sache habe aber nicht die vertragsmäßige Beschaffenheit; denn die Beseitigung der vorhandenen Fehler ist besonders ins Auge gefaßt. Der Appellationsrichter hat daher eine gesetzliche Vorschrift in einem Falle in Anwendung gebracht, für welchen sie nicht bestimmt ist.

Wenn hiernach auch die erhobene Beschwerde für begründet erachtet werden muß, so war dennoch in der Sache selbst die angefochtene Entscheidung aufrecht zu erhalten.

Der § 273 a. a. O. statuirt zu Gunsten des Pächters und Miethers eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen der

§§ 270 ff., §§ 393 ff. A.L.R. I. 5, indem er dem Pächter und Miether für den bezeichneten Fall das Recht zuspricht, ohne Vertragserfüllung verlangen zu müssen und ohne vorangegangene gerichtliche Feststellung der Vertragswidrigkeit, vom Vertrage zurückzutreten. Diese Abweichung findet ihre Begründung in der besonderen Lage des Miethers und Pächters namentlich eines Grundstücks, welche es rechtfertigt, ihm den Rücktritt vom Vertrage zu gestatten und ihn dadurch in den Stand zu setzen, sich eine andere Wohnung sofort beschaffen zu können, ohne vorher die Berechtigung des Rücktritts durch Prozeß erstreiten zu müssen. Mit Rücksicht auf diesen legislatorischen Grund erscheint es zuläßig, in analoger Anwendung der Vorschrift des § 273 (§ 49 der Einleitung zum A.L.R.) dem Miether einer Wohnung auch dann den sofortigen Rücktritt vom Vertrage zu gestatten, wenn der Vermiether mit der Erfüllung säumig ist und den Gegenstand des Vertrages nicht rechtzeitig, nämlich beim Beginne der kontraktlichen Zeit übergiebt. Selbstredend ist hierbei von den Fällen geringer Verzögerung abzusehen, wie sie nach den Verhältnissen des Lebens vorzukommen pflegen, z. B. wenn der Miethsvorgänger die Wohnung nicht pünktlich zur festgesetzten Stunde räumt. Dagegen ist der Miether zum Rücktritte vom Vertrage zu verstatten, wenn die Verzögerung längere ungewisse Dauer annimmt, und noch dazu der Verpächter oder Vermiether dieselbe durch sein eigenes Verhalten herbeigeführt hat. Diese Voraussetzungen treffen hier zu. (Dies wird dann thatsächlich näher begründet.)

---

## Nr. 47.

**Wenn der Vermiether in Kenntniß von dem vertragswidrigen Verhalten des Miethers den Miethszins für die folgende Miethszeit vorbehaltlos annimmt, so verliert er das Recht, die Entsetzung des Miethers aus dem Miethsbesitze zu verlangen.**

A.L.R. I. 21 §§ 336, 326, 327, 298, I. 4 §§ 58, 59, 114, 115.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 28. November 1879 in Sachen Blaschke wider Heinisch.)

Auf die Revision des Klägers ist das Appellationserkenntniß aufgehoben, und die Sache zur Beweisaufnahme in die II. Instanz (früheres preuß. Appell.-Gericht zu Breslau) zurückverwiesen. Ueber den Verlust des dem Vermiether kontraktlich eingeräumten

Rechtes, den Vertrag wegen Zuwiderhandlungen des Miethers gegen die Hausordnung aufzuheben, wird Folgendes ausgeführt in den

Gründen:

Die Sache selbst anlangend, so hat der Appellationsrichter mit dem ersten Richter festgestellt, daß dem Beklagten in doppelter Beziehung ein Verstoß gegen die im Vertrage vom 10. Oktober 1873 enthaltene Hausordnung — § 6 Nr. 4 und 5, beziehentlich Nr. 9 — zur Last fällt. Der Appellationsrichter hat jedoch den Kläger nicht für befugt erachtet, diese Uebertretungen zu rügen und wegen derselben den Vertrag aufzuheben, nachdem er am 11. Juli 1878 die Miethzinsrate für das III. Quartal des Jahres 1878 ohne Vorbehalt in Empfang genommen hat, obwohl ihm nach seinem eigenen Zugeständnisse in der Appellationsbeantwortung damals beide Uebertretungen bekannt gewesen sind.

Es ist dem Appellationsrichter darin beizutreten, daß, wenn der Kläger den Miethzins für das kommende Quartal *mit der Kenntniß von dem vertragswidrigen Verhalten des Beklagten* vorbehaltlos angenommen hat, er des Rechts, die Entsetzung des Beklagten aus dem Miethsbesitze zu verlangen, verlustig gegangen ist. Der Vertrag legt dem Kläger die Befugniß bei, gegen den Beklagten, sofern derselbe gewissen kontraktlichen Festsetzungen zuwiderhandelt, ohne weitere Kündigung auf Räumung anzutragen. Diese Stipulation ist als eine auflösende Bedingung zu Gunsten des Klägers aufzufassen, welche jedoch nicht schon bei dem Eintritte ihrer thatsächlichen Voraussetzungen zur Wirklichkeit gelangt, sondern eine rechtliche Wirkung erst dann äußert, wenn der Kläger sein Recht, vom Vertrage zurückzutreten, geltend macht. Der Kläger hatte also die Wahl zwischen Aufhebung und Fortsetzung des Miethsverhältnisses. Da aber beide Rechte einander ausschließen, so durfte Kläger von der einmal getroffenen Wahl nicht wiederum abgehen, und deshalb konnte er, nachdem er sich ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen, — und eine solche Handlung ist als vorliegend anzunehmen, wenn Kläger, wiewohl er den Eintritt der Bedingung kannte, vorbehaltlos den Miethzins für das kommende Quartal annahm, — für die Fortsetzung des Miethsverhältnisses entschieden hatte, hinterher nicht mehr vom Vertrage zurücktreten. Diese Auffassung rechtfertigt sich aus den Vorschriften des A.L.R. I. 21

§§ 336, 326, 327, 298 und I. 4. §§ 58, 59, 114, 115 und ist auch von dem obersten preuß. Gerichtshofe in konstanter Praxis getheilt worden. (Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 32 S. 365; Striethorst Archiv für Rechtsfälle Bd. 21 S. 164, Bd. 62 S. 184, Bd. 85 S. 304.)

Von keiner Bedeutung ist hier die Stipulation im § 7 des Vertrages, wonach sich der Beklagte im Falle der Exmission zur Bezahlung des Miethzinses für das Quartal, in welchem die Exmission erfolgt ist, verpflichtet hat. Diese Bestimmung, welche die Natur der Konventionalstrafe hat, entband den Kläger nicht von der Nothwendigkeit, seinen Rücktritt vom Vertrage ausdrücklich zu erklären, und wenn er eine solche Erklärung unterließ, so steht ihm die Annahme entgegen, daß er die Zahlung als Miethzins und in der Absicht, den Vertrag fortzusetzen, in Empfang genommen hat. (Die weitern Ausführungen sind ohne rechtliches Interesse.)

---

## Nr. 48.

**1. Die Vorschrift A.G.O. Anh. § 302 (zu I. 44 § 60) geht als die jüngere derjenigen des § 395 A.L.R. I. 21 vor.**

**2. Der Vermiether darf auf Grund des ihm zustehenden gesetzlichen Pfandrechts nicht mehr Sachen des Miethers zurückbehalten, als zur Deckung seiner Miethsforderung erforderlich sind.**

**3. Ist der Miethsvertrag schriftlich geschlossen, so hat eine mündliche Vereinbarung, der Miether dürfe die Wohnung generell veraftermiethen, als mündliche Nebenabrede keine rechtliche Wirkung. Dagegen ist für die Genehmigung der Veraftermiethung an eine bestimmte Person keine Form vorgeschrieben.**

A.L.R. I. 21 §§ 395, 311, I. 5 §§ 127—129

A.G.O. Anh. § 302 zu I. 40 § 60.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 25. November 1879 in Sachen Schulze wider Bobusch.)

Der Kläger hat dem Verklagten ein Wohnhaus mittels schriftlichen Vertrages auf 5 Jahre vom 1. November 1875 ab für 1500 Mk. pro Jahr vermiethet. Verklagter ist am 1. Dezember 1877 ausgezogen und hat trotz der Geltendmachung des Retentionsrechtes durch den Kläger seine Sachen größtentheils mitgenommen. Die zurückgebliebenen haben einen Werth von angeblich 450 Mk. Kläger verlangt, daß Verklagter seine Mobilien und Effekten bis zum Werthe von 1050 Mk. in die Wohnung zurückschaffe.

Verklagter hält sich an den Miethsvertrag nicht gebunden, weil Kläger die durch mündlichen Kontrakt bewilligte Aftervermiethung ihm (Verklagten) unmöglich gemacht habe. Eventuell glaubt er wegen verweigerter Annahme eines Aftermiethers zur Kündigung berechtigt zu sein.

Der erste Richter nimmt an, daß der Vertrag mit dem 26. Mai 1878 sein Ende erreicht habe, und daß Kläger behufs Deckung seiner Miethsforderung bis zu diesem Tage außer den in der Wohnung gebliebenen Sachen die Einbringung von weiteren bis zum Werthe von 50 Mk. verlangen könne. Es weist die Mehrforderung des Klägers ab.

Der zweite Richter verurtheilte den Verklagten nach dem Antrage, weil das Pfandrecht untheilbar sei. Die vom Verklagten gegen letzteres Erkenntniß (des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Hamm) eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist für begründet erachtet aus folgenden

## Gründen:

Von den Angriffen der Nichtigkeitsbeschwerde erscheint der auf Verletzung des § 302 Anhangs zur Allg. Gerichts-Ordnung und A.L.R. I. 21 § 395 begründet.

Der Appellationsrichter hält die „ältere" Bestimmung des § 302 Anhangs zur Allg. Gerichts-Ordnung als durch das Allg. Landrecht beseitigt und will deshalb von derselben absehen. Er übersieht indeß, daß der aus dem Reskript vom 18. August 1806 entnommene Anhangsparagraph, als solcher durch Patent vom 4. Februar 1815 publizirt, die jüngere Bestimmung ist gegenüber den Bestimmungen des durch Patent vom 5. Februar 1794 publizirten Allg. Landrechts, speziell gegenüber dem § 395 A.L.R. I. 21. Er übersieht aber ferner, daß in demjenigen Landestheil, dessen Recht für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites maßgebend ist, das Allg. Landrecht und die Allg. Gerichtsordnung nebst den abändernden, ergänzenden und erläuternden Bestimmungen durch das Patent vom 9. September 1814 (Gesetz-Samml. S. 89) gleichzeitig eingeführt sind (vgl. §§ 1 und 17 a. a. O.).

Fällt damit der von dem Appell.-Richter gegebene Grund für Nichtanwendung des § 302 Anhangs zur Allg. Gerichtsordnung fort, so ist diese Bestimmung auch jetzt noch zur Anwendung zu bringen,

wenn ihre anderweitige Aufhebung nicht erhellt; und das ist nicht der Fall. Vielmehr enthält § 302 cit., wenn er bestimmt:

> Ueberhaupt ist keinem Miether von den eingebrachten Effekten ein Mehreres zurückzubehalten, als zur Bezahlung der schuldigen Miethe nöthig ist, und wenn über den Werth der Mobilien Streit entsteht, so ist ohne prozessualisches Verfahren eine Taxe aufzunehmen und darnach festzusetzen, welche Effekten dem Vermiether zur Sicherheit zu belassen,

eine Vorschrift, in welchem Umfange der Vermiether die ihm nach A.L.R. I. 21 § 395 zustehenden Rechte eines Pfandgläubigers durch Ausübung des Retentionsrechts soll geltend machen können.

Damit in Uebereinstimmung bestimmt § 33 Nr. 4 der preuß. Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855:

> Mit den Faustpfandgläubigern haben gleiche Rechte:
> Vermiether ꝛc. wegen des Zinses und anderer Forderungen aus dem Mieth- ꝛc. Verhältnisse, in Ansehung der von dem Miether ꝛc. eingebrachten Sachen, welche ihm selbst gehören, oder welche er ohne Einwilligung des Eigenthümers zu verpfänden befugt ist, soweit der Vermiether ꝛc. das ihm zustehende Zurückbehaltungsrecht an denselben ausübt ꝛc.

Diese letzterwähnte Beschränkung enthält nicht eine Voraussetzung für die Entstehung des Pfandrechts, bezw. des Rechts auf abgesonderte Befriedigung, sondern es soll mit jenem Satze nur die Wirksamkeit des entstandenen Pfandrechts begrenzt werden. Die Zurückhaltung ist auf diejenige Anzahl von Mobilien zu beschränken, die voraussichtlich zur Tilgung der Forderungen aus dem Miethsverhältniß genügt (vgl. Dernburg, II. Aufl. Bd. I. S. 853).

Wenn der Appellationsrichter, von der Untheilbarkeit des Pfandrechts ausgehend, zu dem Satze kommt, daß sämmtliches eingebrachte Mobiliar bis zur Tilgung des kleinsten Restbetrages der Hauptschuld hafte, und deshalb der Vermiether die Zurückschaffung des sämmtlich eingebrachten, wider seinen Willen fortgeschafften Mobiliars fordern könne, so übersieht er die in dem genannten Anhangs § 302 dem Vermiether betreffs des Umfangs der Ausübung auferlegte Beschränkung.

Sein Erkenntniß war somit zu vernichten.

Zur Sache selbst hat Beklagter seine Befugniß zur Sublokation nicht nachgewiesen. An und für sich folgt aus dem Umstande, daß

die an sich überflüssige Bestimmung des § 7 in dem gedruckten Vertragsformular, dahin lautend:

> Auch ist der Miether nicht befugt, die gemietheten Räume einem Anderen zu überlassen, Andere darin für Geld aufzunehmen,

gestrichen worden, auch wenn die Streichung bei dem Vertragsabschluß geschah, nichts, wenn nicht der Grund der Streichung erhellt. Daß sie als Ausdruck einer Willensäußerung angesehen werden kann, ist völlig unerheblich, wenn nicht feststeht, welcher Wille hat zum Ausdruck gelangen sollen. In dieser Beziehung hat Beklagter allerdings behauptet, die Parteien hätten bei Abschluß des Vertrages ausdrücklich vereinbart, daß der Beklagte berechtigt sein solle, die gemietheten Realitäten zu veraftermiethen, und mit Rücksicht auf diese Vereinbarung sei die Streichung jenes Passus erfolgt. Indeß auch wenn eine derartige Vereinbarung geschehen, würde sie als mündliche Nebenabrede auf Beachtung nicht Anspruch machen können, A.L.R. I. 5 §§ 127—129. Jene Vereinbarung war weder nach der Natur des Geschäfts wesentlich, noch erhellt, daß sie nach der Intention der Kontrahenten schlechthin für den Abschluß wesentlich sein sollte.

Auch der von dem Beklagten für seine Befugniß zur Aftervermiethung angeführte Grund, Kläger habe ihm einige Zeit nach Abschluß des Vertrages die Vermiethung des Hauses an einen Andern ganz allgemein gestattet, ist hinfällig. Soll damit behauptet sein, daß Kläger versprochen, jede beliebige Aftervermiethung im Voraus zu genehmigen und von der künftigen Einholung seines Konsenses dazu ganz absehen zu wollen, so würde, weil darüber in dem schriftlichen Miethsvertrage nichts bestimmt ist, diese Erklärung gleichfalls als mündliche Nebenabrede oder als nachträgliche mündliche Aenderung der gesetzlichen Wirkungen der Schrift (A.L.R. I. 21 §§ 309 bis 311) ohne Bedeutung sein. Auch als theilweise wechselseitige Vertragsaufhebung oder als Abtretung des Miethsrechts oder als Erlaß aufgefaßt, würden die mündlichen Erklärungen in dieser Beziehung mit Rücksicht auf ihren, die Vertragsdauer betreffenden, Gegenstand unverbindlich sein.

A.L.R. I. 5 §§ 388, 390, 133, I. 16 § 387, I. 21 §§ 267, 268.

Daß Kläger dem Beklagten die Veraftermiethung an eine bestimmte Person mündlich gestattet habe, hat Beklagter nicht be=

hauptet. Nur in einem solchen Falle würde die mündliche Erklärung genügen.

A.L.R. I. 4 §§ 94, 95, I. 21 § 315.

Erheblich erscheint dagegen die Behauptung des Beklagten, daß Kläger ungerechtfertigter Weise die Annahme des Aftermiethers versagt habe. Die Versagung konnte nur geschehen, wenn der Beklagte ihm Anzeige von der Aftervermiethung an den Restaurateur E. gemacht hat. Hierfür hat Beklagter durch Benennung von 3 Zeugen Beweis angetreten und dieser Beweis ist zu erheben. Gelingt er, so steht fest, daß der Kläger demnächst der Ehefrau des genannten Aftermiethers den Einzug versagt hat, und zwar ohne einen der gesetzlichen Versagungsgründe (A.L.R. I. 21 § 311). Denn was er in dieser Richtung von dem Ruf und den Absichten der E.'schen Eheleute anführt, ersetzt solchen Grund nicht.

---

## Nr. 49.

**Um den Erwerb einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung darzuthun, braucht der Erwerbende zwar nur zu beweisen, daß er die fragliche Befugniß ohne Widerspruch während der Verjährungszeit ausgeübt hat. Erhellt jedoch, daß die Ausübung nicht als Ausfluß eines Rechts geschehen ist, so hindert dieser Umstand den Eintritt der Verjährung.**

A.L.R. I. 22 § 14, I. 7 §§ 81, 82, 107, 108.

Plenarbeschluß des früheren preuß. Ober-Tribunals vom 27. August 1838 (Entsch. Bd. 4 S. 169).

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 27. November 1879 in Sachen Kara und Gen. wider Seydel.)

Die Kläger verlangen Anerkennung des Rechts, zwei durch die Forst des Verklagten führende Wege zu benutzen. Der zweite Richter — das frühere Appell.-Gericht zu Frankfurt a. O. — hat die Klage abgewiesen, weil die ermittelten Umstände nichts für die Ausübung einer Grundgerechtigkeit als eines den klägerischen Grundstücken zustehenden wirklichen Rechtes beweisen, vielmehr nach der ganzen Sachlage das Gegentheil anzunehmen sei, nämlich daß die Benutzung durch die Kläger geschehen ist, weil sie einem jeden ohne Rücksicht auf ein besessenes Grundstück für zustehend erachtet worden.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Es kann sich nur fragen, ob der Appellationsrichter den Sinn und die Tragweite des A.L.R. I. 22 § 14 verkannt, oder die §§ 81 und 82 I. 7 ibid verletzt hat, und das ist nicht der Fall. Allerdings hat das ehemalige preußische Ober-Tribunal in den Motiven zu dem Plenarbeschlusse vom 27. August 1838 (Entscheidungen Bd. 4 S. 169) und seitdem in konstanter Praxis angenommen, daß der § 14 I. 22 a. a. O., wenn er die Besitznahme der streitigen Befugniß als eines wirklichen Rechtes verlangt, nichts weiter, als den Beweis fordert, daß der Verjährende die streitige Befugniß ohne Widerspruch des Andern ausgeübt und diese Ausübung binnen der Verjährungsfrist fortgesetzt hat. Aus den Umständen der Ausübung folgt schon von selbst, daß der Verjährende in der Meinung eines ihm zustehenden fortdauernden Rechts gehandelt hat, so daß es der Regel nach eines besonderen Nachweises hierfür nicht bedarf. Vorliegend weist aber der Appellationsrichter die Kläger nicht etwa einfach um deshalb ab, weil außer dem Beweise für die Benutzung der streitigen Wege nicht noch der besondere Nachweis geführt ist, daß die Kläger in der Meinung eines ihnen zustehenden, fortdauernden Rechts gehandelt haben; sondern er erwägt die Umstände des vorliegenden Falles, stellt insbesondere fest, daß für die klägerischen Grundstücke ein Bedürfniß zur Benutzung der streitigen Wege nicht vorhanden ist, daß vielmehr die Wege, deren Ursprung und Zweck wesentlich auf die Errichtung einer längst eingegangenen Pech- oder Theerhütte zurückzuführen ist, von Jedermann benutzt worden sind, und gelangt so zu dem Resultate, daß nach der ganzen Sachlage die Benutzung der Wege durch die Kläger geschehen ist, weil dieselbe einem jeden, ohne Rücksicht auf ein besessenes Grundstück, für zustehend erachtet worden sei. Wenn der Appellationsrichter auf Grund dieser thatsächlichen Erwägungen den animus juris bei den Klägern vermißt und deshalb annimmt, daß die Kläger sich in dem Besitze des prätendirten Rechts nicht befunden haben, so ist darin ein rechtsgrundsätzlicher Verstoß nicht zu erkennen.

Der Appellationsrichter befindet sich dabei in Uebereinstimmung sowohl mit dem § 82 I. 7 a. a. O., welcher es als ein nothwendiges Erforderniß für den Besitzerwerb eines negativen Rechts aufstellt, daß aus der Erklärung des Handelnden oder aus den Umständen der animus juris deutlich erhellen muß, als auch mit den §§ 107

und 108 a. a. O., denn wenn auch nach dem § 107 die Vermuthung gegen ein Prekarium streitet, so kann doch nach § 108 diese Vermuthung durch entgegenstehende, aus persönlichen Verhältnissen oder anderen Umständen des vorliegenden Falls sich ergebende besondere Vermuthungen wieder gehoben werden. Der § 14 I. 22 a. a. O. enthält aber keine Abweichungen von den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über den Besitz von Rechten. (Vgl. den vorerwähnten Plenarbeschluß des preuß. Ober-Tribunals vom 27. August 1838.) Daß rechtlich nur im Falle eines nachgewiesenen Bedürfnisses des herrschenden Grundstücks zur Wegebenutzung eine Grundgerechtigkeit angenommen werden kann, hat der Appellationsrichter nicht ausgesprochen und ebensowenig hat er es als einen Rechtssatz hingestellt, daß die Ersitzung einer Wegegerechtigkeit ausgeschlossen ist, wenn der Weg von Jedermann benutzt wird.

---

## Nr. 50.

**Sowohl nach gemeinem Recht als nach Landrecht kann eine Wegegerechtigkeit ohne bestimmten Wegezug auf dem dienenden Grundstücke bestehen und also auch durch Ersitzung erworben werden.**

A.L.R. I. 22 §§ 12, 29, 70, 72.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 11. Dezember 1879 in Sachen Duhm (Verklagten) wider Schulz (Kläger.)

Die Richtigkeitsbeschwerde des Verklagten ist für begründet erachtet und die Sache zur weiteren Verhandlung in die II. Instanz (früheres preuß. Appell.-Gericht zu Magdeburg) zurückverwiesen aus folgenden

### Gründen:

Schon im römischen Recht ist es anerkannt, daß eine Wegegerechtigkeit ohne bestimmten Wegezug auf dem dienenden Grundstücke, so daß also letzteres in seiner Totalität von dem Berechtigten zur Ausübung seines Rechts benutzt werden darf, recht wohl bestehen könne (l. 9. Dig. de servit. VIII. 1, l. 13 § 1 Dig. de serv. praed. rustic. VIII. 3), und das Allgemeine Landrecht, welches sich gerade auf diesem Rechtsgebiete an das römische Recht anschließt, enthält keine abweichende Bestimmung. Seine Definition einer Grundgerechtigkeit (I. 22 § 12) läßt eine Belastung des dienenden Grundstücks in seinem ganzen Umfange zu. Die Grenze ist in dieser Beziehung nur in den Bestimmungen des Landes-Kultur-Edikts vom

14. September 1811 § 27 (Ges.S. S. 300) und der Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 § 166 (Ges.S. S. 53) zu finden, wonach die Ausübung der Servitut die eigentliche Bestimmung des belasteten Grundstücks nicht hindern darf, sowie im A.L.R. I. 22 § 29, wonach eine Grundgerechtigkeit, welche ohne Nachtheil des Berechtigten auf einen bestimmten Theil des belasteten Grundstücks ausgeübt werden kann, auf den Antrag des Verpflichteten auf diesen Theil beschränkt werden muß. Die Vorschriften A.L.R. I. 22 §§ 70, 72, welche von der Beschränkung auf den bestimmten Wegezug sprechen, setzen voraus, daß ein solcher in der That fixirt worden sei, und stehen deshalb der Annahme nicht entgegen, daß eine Wegegerechtigkeit auch ohne eine solche Beschränkung auf einen bestimmten Wegezug existiren könne. Kann aber eine solche in dem erwähnten Umfange überhaupt rechtlich bestehen, so kann sie auch durch Ersitzung erworben werden, denn der Gegenstand des Rechts ist dann ebenso genau bestimmt, wie wenn ein bestimmter Wegezug vorliegt. Hier ist der Gegenstand die bestimmte Strecke, dort das bestimmte Grundstück, und die Regeln A.L.R. I. 7 §§ 46, 48 und I. 9 § 666 finden auf den einen wie auf den anderen Fall Anwendung. Die anscheinend abweichende Ansicht, welche der zweite Senat des Ober-Tribunals in dem Erkenntnisse vom 12. Juli 1855 (Striethorst, Archiv Bd. 18 S. 94) ausgesprochen hat, beruht auf besonderer Eigenthümlichkeit des der Entscheidung zu Grunde liegenden Falls und ist jedenfalls in späteren Erkenntnissen desselben Senats nicht aufrecht erhalten worden. (Vgl. das Erkenntniß vom 28. Mai 1868 in Sachen Ehrich wider Schürhoff Nr. 130/180; vom 15. Dezember 1868 in Sachen Fischer wider Schulze Nr. 331/2630; vom 20. Januar 1876 in Sachen Schlieck wider Stöggel Nr. 406/3237 und in Sachen Klossowski und Genossen wider Krzemieniewski Nr. 119/944).

Der Appellationsrichter scheint zwar den Erwerb einer Wegegerechtigkeit schlechthin für zulässig zu erachten, doch ergiebt seine weitere Ausführung, daß er dabei die Benutzung eines bestimmten Wegezuges voraussetzt, und darin muß nach der vorstehenden Begründung eine Verletzung der von dem Verklagten angezogenen Bestimmungen des A.L.R. I. 7 §§ 46, 48; I. 9 §§ 596, 666 und I. 22 §§ 12—14, 29 gefunden werden.

Die Annahme des zweiten Richters, es gehe aus dem Ein-

schlagen verschiedener Richtungen beim Ueberfahren des klägerischen Grundstücks hervor, daß Verklagter und dessen Vorbesitzer nicht in der Meinung eines ihnen zustehenden Rechts gehandelt hätten, hängt mit seiner unhaltbaren Meinung, daß immer ein bestimmter Wegezug nothwendig sei, zusammen und fällt daher nach der vorher entwickelten Ansicht ohne Weiteres. (Es wird dann ausgeführt, daß es noch weiterer Beweisaufnahme bedürfe).

---

## Nr. 51.

**1. Ein Privatverbot des Berechtigten hindert das Erlöschen der Grundgerechtigkeit durch stillschweigende Einwilligung im Falle des A.L.R. I. 22 § 43.**

**2. Der Vorschrift des A.L.R. I. 8 § 142 wird genügt, wenn es möglich ist, von irgend einer Stelle des Nachbarhauses den Himmel zu erblicken.**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 15. Dezember 1879 in Sachen Köhler u. Gen., Verklagte, wider Goldmann u. Gen., Kläger.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Verklagten gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Halberstadt ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

### Gründen:

Der Appellationsrichter hat den Einwand der Verklagten, daß Kläger durch ausdrückliche Genehmigung der gezogenen Baulinie oder durch wissentliches Geschehenlassen des Baues gemäß A.L.R. I. 22 § 43 stillschweigend auf ihr Lichtrecht verzichtet haben, verworfen. Er hat für erwiesen erachtet, daß der Kläger bei Gelegenheit der Feststellung der Baulinie durch die Aeußerung, man solle nach den Gesetzen bauen und ihm nicht zu nahe kommen, deutlich zu erkennen gegeben habe, daß er die gezogene Baulinie nicht ohne Weiteres genehmigen, sondern seine gesetzlichen Rechte gewahrt wissen wolle. Er hat ferner angenommen, daß Kläger rechtzeitig gegen den Weiterbau protestirt habe. Denn dies sei nach dem eignen Zugeständniß der Verklagten zu der Zeit geschehen, als das Holzgerüst der Hauswände auf dem Fundament errichtet, aber noch nicht ausgemauert gewesen sei. Vor dieser Ausmauerung aber hätten Kläger noch nicht wissen können, ob durch den Neubau ihre Küche verdunkelt werden würde.

Die Vorwürfe der Nichtigkeitsbeschwerde können für begründet nicht erachtet werden. Der Appellationsrichter hat der Ver-

klagten keineswegs den Beweis auferlegt, daß Kläger nicht rechtzeitig Protest gegen den Bau erhoben haben, sondern er hat angenommen, daß Verklagte den ihr unzweifelhaft obliegenden Beweis ihrer Behauptung, daß Kläger die gezogene Baulinie ausdrücklich genehmigt haben, nicht geführt habe, und daß durch das eigene Zugeständniß der Verklagten erwiesen sei, daß Kläger zu der Zeit, als das Holzgerüst der Wände aufgerichtet aber noch nicht ausgemauert war, gegen den Weiterbau protestirt haben, und er hat diesen Protest für rechtzeitig erachtet, weil Kläger früher nicht hätten ermessen können, ob ihrem Lichtrecht durch den Bau zu nahe getreten werden würde. Von einer Verletzung der Grundsätze über die Vertheilung der Beweislast und des § 16 der Einleitung und § 28 A.G.O. I. 13 kann also keine Rede sein.

Die Ausführung der Richtigkeitsbeschwerde, daß die Erklärungen, welche Kläger bei der Verhandlung über Ziehung der Baulinie abgegeben haben, für einen genügenden Protest gegen den Weiterbau im Sinne des A.L.R. I. 9 § 332 und I. 22 § 43 nicht erachtet werden können, da diese Gesetze vielmehr einen deutlichen Widerspruch gegen die Fortsetzung des Baues erforderten, treffen die Ausführungen des Appellationsrichters überhaupt nicht, da derselbe in jenen Erklätungen einen Protest gegen den Weiterbau nicht gefunden, sondern nur ausgeführt hat, daß in denselben eine ausdrückliche Genehmigung der gezogenen Baulinie nicht ausgesprochen sei. Nach der Ansicht des Appellationsrichters erscheint es unerheblich, ob die Kläger damals, also vor Beginn des Baues, gegen denselben protestirt haben oder nicht, da aus dem Mangel eines solchen Protestes auf einen Verzicht auf ihr Fensterrecht gemäß A.L.R. I. 22 § 43 nicht zu schließen gewesen sein würde. Ein solcher Schluß würde vielmehr erst zulässig gewesen sein, wenn Kläger die Fortsetzung des Baues zu einer Zeit noch geduldet hätten, wo derselbe bereits so weit vorgeschritten war, daß sie erkennen konnten, daß durch denselben ihre Küche verdunkelt werden würde. Dies entspricht vollkommen der Vorschrift des § 43 a. a. O. Die Annahme des Appellationsrichters aber, daß Kläger dies erst hätten erkennen können, als das Holzgerüst ausgemauert wurde, und daß sie vorher einen Protest gegen den Weiterbau klar ausgesprochen haben, ist thatsächlicher Natur und unterliegt in Ermangelung eines formellen Angriffs der Beurtheilung des Richtigkeitsrichters nicht.

Der Vorwurf, daß der Appellationsrichter A.L.R. I. 22 § 43, I. 14 § 5, I. 7 §§ 141—143 und I. 9 § 603 dadurch verletzt habe, daß er einem nicht befolgten Privatverbot die rechtlichen Wirkungen eines Protestes beigelegt habe, während der Widerspruch durch Klage, gerichtliche Protestation oder Selbsthülfe hätte geltend gemacht werden müssen, ist ebenfalls unbegründet. Der § 43 a. a. O. folgert aus dem wissentlichen Geschehenlassen der Herstellung von Anlagen, welche die Ausübung einer Servitut unmöglich machen, stillschweigenden Verzicht auf das Servitutrecht. Selbstverständlich ist eine solche Schlußfolgerung durch eine klare entgegengesetzte Willenserklärung ausgeschlossen. Freilich ist es möglich, daß der Protestirende durch sein demnächstiges passives Verhalten zu erkennen giebt, daß er seinem Protest keine weitere Folge geben wolle, und in diesem Fall kann nach der Entscheidung des Ober-Tribunals vom 5. Juli 1859 (Entscheidungen Bd. 41 S. 179) trotz des Protestes ein stillschweigender Verzicht angenommen werden, wenn dem Protest nicht eine Klage, gerichtliche Protestation oder Selbsthülfe gefolgt ist. Ob im einzelnen Fall aus dem Verhalten des Protestirenden nach Erhebung des Protestes geschlossen werden kann, daß er demselben keine Folge geben wolle, unterliegt dem thatsächlichen Ermessen des Richters. Im vorliegenden Fall ist die Klage wenige Wochen nach Erhebung des Protestes angestellt und der Appellationsrichter hat thatsächlich angenommen, daß ein auf einen stillschweigenden Verzicht deutendes passives Verhalten der Kläger nicht vorliegt.

Eine Verletzung der von der Richtigkeitsbeschwerae in Bezug genommenen Gesetze fällt ihm daher nicht zur Last.

Kläger hatten beantragt, die Verklagten zur Zurückrückung ihres Neubaues soweit zu verurtheilen, daß es ihm möglich werde, aus dem ungeöffneten Küchenfenster den Himmel zu erblicken. Der Appellationsrichter hat die Verklagte verurtheilt, mit ihrem Wohnhause so weit zurückzutreten, daß die Kläger aus dem ungeöffneten Fenster ihrer Küche den Himmel erblicken können, wenn sie in knieender Stellung auf dem Herde dicht an der Wand sich befinden.

Die Richtigkeitsbeschwerde findet hierin eine Verletzung des A.L.R. I. 8 § 142 und ein Erkennen ultra petitum unter Verstoß gegen § 5 Nr. 10d der Verordnung vom 14. Dezember 1833, weil Kläger nur Zurückrückung des Hauses so weit gefordert hätten, daß

man überhaupt in irgend einer Stellung den Himmel aus dem Fenster erblicken könne, und sie nach § 142 a. a. O. auch zu einem weiteren Anspruch nicht berechtigt seien.

Es ist der Nichtigkeitsbeschwerde zuzugeben, daß nach der konstanten Praxis des Ober=Tribunals (vgl. Entscheidungen Bd. 5 S. 166 und Striethorst's Archiv Bd. 80 S. 200) Kläger nicht verlangen können, daß es einer bestimmten Person in einer bestimmten Stellung möglich sei, den Himmel zu erblicken, sondern daß es genügte, wenn dies irgend Jemandem in irgend einer Stellung möglich ist. Daß der Appellationsrichter diese Grundsätze verkannt hat, lassen seine Entscheidungsgründe indeß nicht erkennen. Dieselben ergeben vielmehr klar, daß er den Klägern nicht mehr, sondern vielmehr weniger, als sie gefordert, hat zusprechen wollen. (Dies wird näher thatsächlich begründet.)

Die Entscheidung des Appellationsrichters drückt daher in der That nichts weiter aus, als daß das Haus der Verklagten soweit zurückgerückt werden soll, daß es einem in irgend einer Stellung möglich werde, den Himmel aus dem qu. Fenster zu erblicken, und eine Verletzung der vom Ober=Tribunal anerkannten Grundsätze liegt daher nicht vor.

---

## Nr. 52.

### 1. Begriff der unerlaubten Privatgewalt.
### 2. Eine Ehefrau darf ihr gesetzlich vorbehaltenes Vermögen nicht wider den Willen des Mannes aus der ehelichen Wohnung fortnehmen.

A.L.R. I. 7 § 145, II. 1 §§ 221—228, §§ 175, 184, 194, 679 ibid.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 24. November 1879 in Sachen Barth wider Barth.)

Die Klägerin Ehefrau B. lebt von ihrem Ehemanne getrennt. Sie behauptet, daß sie bei ihrem Ehemanne mehrere angeblich ausschließlich zu ihrem Gebrauch bestimmte Gegenstände zurückgelassen habe, und verlangt deren Herausgabe, welche der Verklagte verweigert. Der zweite Richter (das frühere preuß. Apell.=Gericht zu Naumburg) hat die Klage zur Zeit abgewiesen. Er führt aus, daß derjenige, in dessen Namen der Inhaber besitzt, sich diesem gegenüber keiner unerlaubten Privatgewalt behufs der Besitzentsetzung bedienen dürfe. Klägerin sei deshalb nicht berechtigt, ihre Sachen im Wege der Klage zu fordern, sondern müsse die Regulirung des In-

terimistikums beantragen. Die von der Klägerin eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist für begründet erachtet, das zweite Urtheil jedoch aufrecht erhalten aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter betrachtet den Verklagten als Inhaber der zum gesetzlich vorbehaltenen Vermögen der Klägerin gehörigen Sachen, er nimmt an, daß derselbe diese Sachen nur in der Absicht, darüber für die Klägerin oder in deren Namen zu verfügen, in seiner Gewahrsam hat. Der Appellationsrichter findet aber, daß dem Verklagten, als Ehemann, gewisse Rechte auch an diesen Sachen der Klägerin zustehen, und er weist, obwohl die Klägerin, in deren Namen der Verklagte nach dieser Auffassung besitzt, nach A.L.R. I. 7 § 144 den Verklagten der Gewahrsam aus eigener Macht würde entsetzen können, dieselbe dennoch mit der Klage auf Herausgabe der Sachen zur Zeit ab, weil nach § 145 a. a. O. auch ein solcher Besitzer sich einer unerlaubten Privatgewalt, wodurch der Inhaber in seinen anderweitigen Gerechtsamen beeinträchtigt wird, nicht bedienen dürfe.

Dieser Entscheidungsgrund ist schon deshalb unrichtig und die zitirten Gesetzesbestimmungen verletzend, weil sich die Klage auf Herausgabe von Sachen in keiner Weise unter den Begriff einer unerlaubten Privatgewalt bringen läßt. Wäre dies aber auch der Fall, so setzt doch § 145 a. a. O. voraus, daß die Privatgewalt eine solche sei, durch welche die öffentliche Ruhe und Sicherheit gestört oder der Inhaber in seinen anderweitigen Gerechtsamen beeinträchtigt wird. Von der ersten Voraussetzung ist hier überall nicht die Rede; die zweite Voraussetzung wäre von dem Verklagten thatsächlich zu begründen gewesen; er hat sich aber nicht einmal darauf berufen, daß die Gerechtsame, welche ihm der Apellationsrichter auf Grund der §§ 223, 224, 227, 228 II. 1 A.L.R. beilegt, überhaupt durch Herausgabe der Sachen an die Klägerin beeinträchtigt werden würden. Auch die Rüge der Verletzung dieser Gesetzesbestimmungen erscheint begründet.

Obwohl hiernach die Nichtigkeitsbeschwerde für begründet zu erachten ist, erscheint das angegriffene Erkenntniß doch aus anderen Gründen gerechtfertigt.

Bei Beurtheilung der Sache muß man zunächst die Klage als

rein petitorische, dingliche Klage ansehen; auf eine Besitzstörung gründet die Klägerin dieselbe nicht, sie bezeichnet sie ebensowenig als Besitzklage, sie hat die Verhandlung derselben im Besitzprozeß nicht beantragt. Es fragt sich daher: ob Klägerin befugt ist, ihr Eigenthum an den Gegenständen ihres gesetzlich vorbehaltenen Vermögens in der Weise auszuüben, daß sie diese Gegenstände wider den Willen des Verklagten außerhalb der ehelichen Wohnung besitzt? Dem steht aber die gesetzliche Verpflichtung der Klägerin, in der vom Verklagten gewählten ehelichen Wohnung vereint mit ihm zu leben (A.L.R. II. 1 §§ 175, 184, 194, 679 ff.), entgegen. Dieser Verpflichtung widerspricht es nicht allein, wenn sie sich selbst eigenmächtig aus der ehelichen Wohnung fern hält, sondern auch, wenn sie in Ausführung dieses rechtswidrigen Verhaltens solches gesetzlich vorbehaltene Vermögen, welches nach seiner Beschaffenheit zu ihrem Gebrauch gewidmet ist, mit fortnimmt. Darin, daß die Ehefrau sich überhaupt nicht eigenmächtig vom Ehemanne trennen darf, liegt zugleich: daß sie während der Ehe (mangels besonderer Umstände) in dem Eigenthum und dem Besitz ihrer gesetzlich vorbehaltenen Sachen soweit beschränkt ist, als der Ehemann ein vereintes Leben mit ihr fordern kann.

Nun hat die Klägerin zwar als das Motiv ihrer Entfernung vom Verklagten dessen Trunksucht, Vernachlässigung der Wirthschaft, grobe Mißhandlungen und den Umstand angegeben, daß Verklagter sie am 27. März 1878 aus seiner Wohnung verwiesen habe; indessen der letztere Umstand würde ihr nicht das Recht geben, dem an sie geständig erlassenen richterlichen Rückkehrsmandate ungehorsam zu sein, und die ersteren Anführungen entbehren viel zu sehr der speziellen thatsächlichen Begründung, um sie berücksichtigen zu können.

---

## Nr. 53.

**1. Die Vorschrift des A.L.R. II. 1 § 211 bezieht sich nicht auf lästige Verträge der Ehefrau mit einem Dritten, welche eine Hingabe aus ihrem Vermögen und eine Gegenleistung aus dem des andern Kontrahenten zum Gegenstand haben.**

**2. Ehefrauen sind nach dem A.L.R. vertragsfähig. Gegen sie kann der Vertrag nur nach Genehmigung des Mannes geltend gemacht werden.**

**3. Bei der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums wird derjenige Eigenthümer, welcher den Besitz ergreift, nachdem der Veräußerer auf Grund**

**des vorliegenden Titels sich des eigenen Besitzes zum Vortheil des Erwerbers und in der Absicht, diesen zum Eigenthümer zu machen, entschlagen hat.**

A.L.R. II. 1 § 211, I. 5 §§ 9, 10, 11, I. 7 § 58, I. 9 §§ 2, 3, I. 10 § 1.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 26. November 1879 in Sachen der Handlung Seligsohn und Halpert, Verklagten und Implorantin, wider Frau Löwenthal, Klägerin und Imploratin.)

In einem Prozesse der verklagten Handlung wider den Ehemann der Klägerin sind mehrere Sachen im Wege der Exekution mit Beschlag belegt. Klägerin nimmt deren Eigenthum in Anspruch, weil sie dieselben vom Kaufmann M. gekauft und übergeben erhalten, auch mit eigenem Gelde bezahlt habe. Der zweite Richter (das frühere preuß. App.-Gericht zu Magdeburg) erkannte nach dem Klageantrage.

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Verklagten ist das zweite Erkenntniß wegen Suppeditirung einer Thatsache vernichtet, die ergangene Entscheidung jedoch aufrecht erhalten aus folgenden

Gründen:

**Die Vorschrift im A.L.R. II. 1 § 211, daß die Ehefrau das, was sie in stehender Ehe erwirbt, der Regel nach dem Manne erwirbt, bezieht sich auf den Erwerb der Frau durch ihre schaffende Thätigkeit außerhalb des Haushaltes oder Gewerbes des Mannes, nicht aber auf lästige Verträge der Ehefrau mit einem Dritten, welche eine Hingabe aus ihrem Vermögen und eine Gegenleistung aus dem des andern Kontrahenten als Vergütigung des Gegebenen zum Gegenstande haben.**

Erkenntniß des I. Senats des früheren preuß. Ober-Tribunals vom 7. August 1846 (Entscheidungen Bd. 13 S. 286, Präjudiz Nr. 1765).

Präjudiz des I. Senats vom 17. Juni 1839 Nr. 702. Präj.-Sammlung pag. 139.

Erkenntniß des III. Senats des Ober-Tribunals vom 2. Juli 1852 und 20. Januar 1854, Striethorst Archiv Bd. 6. S. 224, Bd. 11 S. 356.

Erkenntniß des III. Senats vom 12. Juni 1863, Entscheidungen Bd. 50 S. 243.

Erkenntniß des IV. Senats vom 24. November 1864, Entscheidungen Bd. 52 S. 141.

Es ist auch wiederholt ausgeführt, daß durch die Konkurs-Ord-

nung §§ 88 ff. und Artikel II. des Einführungsgesetzes vom 8. Mai 1855 für Vindikations- und Interventionsprozesse außerhalb des Konkurses die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die diesfälligen Rechte der Ehefrau nicht geändert worden sind.

Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 29. Januar 1858, Striethorst Archiv Bd. 27 S. 259.

Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 11. September 1865, Striethorst Archiv Bd. 60 S. 152.

Die außerhalb des Konkurses als Vindikantin auftretende Ehefrau (Verordnung vom 7. April 1838, G.-S. S. 255) hat also keine anderen Anforderungen zu erfüllen, wie jeder andere Eigenthümer.

Ehefrauen sind an sich nicht unfähig, Verträge zu schließen. Aus den auch ohne Genehmigung ihrer Männer geschlossenen Verträgen erwerben sie Rechte.

A.L.R. I. 5 §§ 10, 11. Erkenntniß des IV. Senats des Ober-Tribunals vom 28. Juni 1860, Entscheidungen Bd. 43 S. 30, 32.

Gegen sie kann der Vertrag nur nach vorangegangener Genehmigung des Mannes geltend gemacht werden.

Erkenntniß des IV. Senats vom 29. September 1874, Entscheidungen Bd. 73 S. 63.

Bei der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums wird derjenige Eigenthümer, welcher den Besitz ergreift, nachdem der Veräußerer auf Grund des vorliegenden Titels sich des eigenen Besitzes entschlagen hat zum Vortheile des Erwerbers und in der Absicht, diesen zum Eigenthümer zu machen.

A.L.R. I. 7 § 58; — I. 9 §§ 2, 3; — I. 10 § 1.

Das besondere Rechtsverhältniß, in welchem ein solcher Erwerber zu einer dritten Person steht, kann für ihn die Verpflichtung begründen, das erworbene Eigenthum an diesen Dritten zu übertragen. Ohne neuen vermittelnden Akt vollzieht sich ein solcher Eigenthumsübergang aber nicht, wie dies bezüglich des Verhältnisses des Mandatars zum Machtgeber in dem Plenarbeschluß des Ober-Tribunals vom 2. Oktober 1848, Entscheidungen Bd. 17 S. 19, 24, überzeugend nachgewiesen wird.

Aus wessen Vermögen das Kaufgeld gezahlt worden, ist bei Vindikationen der Ehefrau außerhalb des Konkurses gleichgültig.

A.L.R. I. 11 § 27. (Entscheidungen Bd. 17, S. 19; Erkenntniß vom 6. Mai 1861, Entscheidungen Bd. 45 S. 173.)

Ueberhaupt gilt der Grundsatz: pretium succedit in locum rei oder: surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatur nach dem Allgemeinen Landrecht der Regel nach nicht. A.L.R. I. 17 § 55; I. 18 §§ 340, 341; II. 1 § 516. Die Frage nach der Bezahlung des Kaufgeldes kann also ganz unerörtert bleiben.

Erheblich im vorliegenden Falle ist nur, mit wem der Kaufmann M. den Verkaufsvertrag über das Sopha und die Stühle abgeschlossen, wem er dieselben übergeben hat und wen er durch diese Uebergabe zum Eigenthümer hat machen wollen, und dies ist, wie durch sein Zeugniß als vollständig erwiesen gelten kann, die Klägerin.

---

## Nr. 54.

**Wenn der Ehemann aus den Revenüen des seinem Nießbrauch unterliegenden Vermögens der Frau Schulden der letzteren bezahlt, so kann er von ihr Erstattung verlangen.**

A.L.R. II. 1 §§ 231, 589, I. 11 §§ 75—79.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 27. November 1879 in Sachen Barge wider Barge.)

Das zweite Urtheil (des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Frankfurt a. O.) ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers vernichtet aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

### Gründen:

Der Appellationsrichter gründet seine Entscheidung auf den Satz:

> der Ehemann hat kein Recht, von der Ehefrau Erstattung derjenigen Zahlungen zu fordern, die er auf Schulden der Ehefrau aus den Revenüen ihres seinem Nießbrauch unterliegenden Vermögens geleistet hat.

Dieser Satz kann als richtig nicht anerkannt werden.

Der Ehemann hat als Nießbraucher des Vermögens der Ehefrau dieselben Rechte und Pflichten, wie jeder andere Nießbraucher, A.L.R. II. 1 § 231, namentlich auch wegen Vergütung für die aus eigenen Mitteln geleisteten Kapitalszahlungen, § 589 a. a. O.

Für die Berichtigung aufgekündigter Kapitalien hat nun zwar der Nießbraucher insoweit zu sorgen, als ihm deren Verzinsung ob-

liegt, aber er ist nicht verpflichtet, aus eigenen Mitteln Zahlung zu leisten. Thut er es dennoch, so tritt er in die Rechte des von ihm befriedigten Gläubigers, A.L.R. I. 21 §§ 75—79. Unter den Gesichtspunkt der eigenen Mittel fallen aber die dem Nießbraucher in Folge seines Nießbrauchsrechts zustehenden Früchte und Nutzungen. Indem der Appellationsrichter dies verneint, verletzt er die erwähnten Paragraphen, und es unterliegt seine Entscheidung bezüglich der Zahlungen (a. b. c.) der Vernichtung.

Die vorehelichen Schulden der Ehefrau sind nicht anders zu behandeln, wie die übrigen Schulden derselben.

---

## Nr. 55.

**Bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (in Ostpreußen) sind der überlebende Ehegatte und die Kinder den Gläubigern gemeinschaftlich verpflichtet. Es kann deshalb die Wittwe allein wegen Schulden nicht verklagt werden.**

**A.L.R. II. 1 § 661, I. 17 § 127.**

**(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 2. Dezember 1879 in Sachen Michalek wider Michalek.)**

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

### Gründen.

A.L.R. I. 17 § 127 bestimmt:

> Zu den die Erbschaft betreffenden Schulden und Lasten sind die Erben gegen die Erbschaftsgläubiger gemeinschaftlich verpflichtet.

Es ist für das preuß. Recht als feststehend anzusehen, daß vor erfolgter Theilung der Erbschaft die mehreren Miterben nur zusammen, nicht einzeln belangt werden können, daß also der in Anspruch genommene Miterbe dem Gläubiger die Einrede der mehreren Streitgenossen entgegensetzen darf. Die Implorantin bestreitet die Anwendbarkeit dieses Rechtssatzes auf den vorliegenden Fall. Indeß mit Unrecht.

Der zweite Richter hat unangefochten festgestellt, daß die beklagte Wittwe mit ihren Kindern (den Erben) die mit ihrem verstorbenen Ehemanne bestandene Gütergemeinschaft fortsetzt. Auf dies Verhältniß wendet er in Gemäßheit A.L.R. II. 1 § 661 jenen § 127 an. Die Implorantin beruft sich dagegen auf A.L.R. II. 1

§ 656. Dieser bestimmt, daß der überlebende Ehegatte bis zur wirklichen Auseinandersetzung im Besitze und in der Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens bleibe. Allein diese Bestimmung ist für die vorliegende Frage nicht entscheidend.

Der § 661 a. a. O., welcher mit den §§ 634 ff. daselbst in das ostpreußische Provinzialrecht aufgenommen und deshalb allerdings maßgebend ist, schreibt vor:

> „Wegen der Schulden, die auf dem gemeinschaftlichen Vermögen haften, und der Befugniß der Gläubiger, sich auch nach erfolgter Auseinandersetzung an die einzelnen Interessenten zu halten, finden eben die Vorschriften, wie bei Erbtheilungen überhaupt Anwendung. (Th. I. Tit. XVII. Absch. II.)"

Hiernach sind die allegirten Vorschriften insgemein ungeachtet des § 656, also auch bei fortgesetzter Gütergemeinschaft, für analog maßgebend erklärt. Zu jenen Vorschriften gehört — wie die Judikatur des preuß. Ober-Tribunals konstant festgehalten hat (vgl. Striethorst Archiv Bd. 18 S. 187, Bd. 46 S. 55, Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 76 S. 148 2c.) insbesondere der § 127 a. a. O. Analog angewendet bestimmt also der letztere für einen Fall wie den vorliegenden:

> daß zu den das gütergemeinschaftliche Vermögen betreffenden Schulden und Lasten die Miteigenthümer — die Interessenten, wie § 661 a. a. O. sagt, das sind: der überlebende Ehegatte und die Erben — gegen die Erbschaftsgläubiger gemeinschaftlich verpflichtet sind,

also nach obigem Rechtssatz vor der Auseinandersetzung zusammen verklagt werden müssen. Von dieser Judikatur abzuweichen, sieht sich das Reichsgericht nicht veranlaßt.

Der Vorderrichter hat somit, da es sich um die prozessualische Feststellung einer auf dem gütergemeinschaftlichen Vermögen ruhenden Schuld handelt, mit Recht angenommen, daß die beklagte Wittwe allein passiv nicht legitimirt sei.

---

## Nr. 56.

### Anfechtung der Ehe wegen Irrthums über die Unbescholtenheit des einen Ehegatten.

A.L.R. I. 4 § 81, II. 1 § 40.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 20. November 1879 in Sachen Hohmann wider Hohmann.)

Die Parteien sind seit 1871 verheirathet. Der verklagte Ehemann ist im Jahre 1866 vom Stadtschwurgericht zu Berlin wegen Wechselfälschung mit 8 Monaten Gefängniß und 50 Thlr. Geldstrafe bestraft. Klägerin behauptet, ihr Mann habe ihr diese Bestrafung verschwiegen, und verlangt Scheidung. Beide Vorinstanzen (das frühere Kreisgericht zu Delitsch und das Appell.-Gericht zu Naumburg) haben dem Antrage gemäß erkannt. Die vom Beklagten eingelegte Revision ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Dem Appellationsrichter muß darin beigetreten werden, daß bei Eingehung einer Ehe es als eine gewöhnliche Voraussetzung des einen, unbescholtenen Theils betrachtet werden muß, daß der andere Theil nicht schon wegen eines entehrenden Verbrechens oder Vergehens bestraft worden ist. Eine derartige Bestrafung wirft auf die Person des Bestraften einen Makel, von welchem sie nie wieder befreit wird, und bringt auf alle Zeit an ihr den Mangel einer Eigenschaft hervor, welche bei ihr vorausgesetzt wird, wenn sie eine Ehe eingehen will. Das Nichtbestraftsein mit einer entehrenden Strafe ist als eine Eigenschaft einer Person zu betrachten, und der Mangel dieser Eigenschaft berechtigt nach A.L.R. I. 4 § 81 und II. 1 § 40 den bei der Eheschließung darüber in Irrthum gewesenen Ehegatten, die Ungültigkeitserklärung der geschlossenen Ehe zu verlangen. Wenn Bornemann (Darstellung des Preuß. Civilrechts Bd. 5 S. 42) dieses Verlangen nur unter der Bedingung zuläßt, daß der Verbrecher nicht durch einen seitdem geführten moralischen Lebenswandel seine Besserung dokumentirt hat, so übersieht er, daß es hier nicht auf Thatsachen und das äußerliche Verhalten der Person, sondern auf eine Eigenschaft der Person ankommt, und daß die in Frage stehende Eigenschaft, nämlich das Nichtbestraftsein mit einer entehrenden Strafe, trotz der moralischen Besserung des Verbrechers verloren bleibt und nicht wieder zu gewinnen ist, weil die allein

entscheidende Thatsache der Bestrafung nicht ungeschehen gemacht werden kann. Das Verlangen der Klägerin ist daher begründet, wenn sie die im Jahre 1866 erfolgte Bestrafung des Beklagten wegen Wechselfälschung erst innerhalb sechs Wochen vor Anstellung der Klage in Erfahrung gebracht hat, A.L.R. II. 1 § 41. (Es wird dann ausgeführt, daß diese Bedingung der Klage für bewiesen zu erachten ist.)

---

## Nr. 57.

**Bösliche Verlassung wird nicht dadurch beseitigt, daß während des Scheidungsprozesses der schuldige Ehegatte sich bei dem andern einfindet und zur Fortsetzung der Ehe bereit erklärt.**

A.L.R. II. 1 §§ 677 ff.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 20. November 1879 in Sachen Meyer wider Meyer.)

Die Revision des Klägers ist für begründet erachtet aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Dadurch, daß die Verklagte sich von ihrem Ehemanne entfernt, den Versuch des Geistlichen, das Zusammenleben mit dem Ehemann wieder herzustellen, vereitelt und auch den richterlichen Befehl, zu ihrem Ehemann zurückzukehren, unbefolgt gelassen hat, hat dieselbe, vorausgesetzt nur, daß die Entfernung von dem Ehemanne eine unberechtigte gewesen, dem Letzteren einen gesetzlich ausreichenden Grund zum Antrage auf Ehescheidung gegeben.

Diesen Grund konnte die Verklagte auch dadurch nicht mehr beseitigen, daß sie im Laufe des Prozesses, vor der Publikation des Erkenntnisses erster Instanz, sich bei dem Ehemanne einfand und erklärte, nunmehr mit Letzterem die Ehe fortsetzen zu wollen. Vgl. Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 18 S. 534.

Der Kläger war zur Zurückweisung dieses verspäteten Verlangens der Verklagten um so mehr berechtigt, als der Verdacht nahe lag, daß es der Verklagten nach ihrem seitherigen Verhalten mit der Fortsetzung der Ehe nicht Ernst gewesen ist.

---

## Nr. 58.

**Im Falle der Ehescheidung wegen verdächtigen Umganges des einen Ehegatten muß das Verbot der Wiederverheirathung des schuldigen Theiles ohne besondere Erlaubniß erkannt werden. Das Eheverbot des § 33 Nr. 5 des Reichsges. vom 6. Februar 1875 bezieht sich auch auf den Fall der Scheidung wegen verdächtigen Umganges.**

A.L.R. II. 1 §§ 26, 736, 673. Reichs-Ges. vom 6. Februar 1875 § 33.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 20. November 1879 in Sachen Mattut wider Mattut.)

Auf die Klage der Ehefrau M. hat der Appell.-Richter — das frühere ostpreußische Tribunal — für bewiesen angenommen, daß ein dem Ehebruch gleichstehender unerlaubter Umgang des Ehemannes M., wodurch eine dringende Vermuthung der verletzten ehelichen Treue begründet wird, stattgefunden hat. Die Ehe ist aus diesem Grunde getrennt, jedoch das Verbot der Wiederverheirathung des Ehemanns M. nicht ausgesprochen.

Auf die Revision des Ehemannes ist das zweite Erkenntniß mit der Maßgabe bestätigt, daß dem Beklagten und Revidenten die anderweite Verheirathung nur unter dem Vorbehalte einer besonders nachzusuchenden Erlaubniß zu gestatten. In den Gründen wird ausgeführt, daß die Beweiswürdigung des Appell.-Richters richtig sei, und dann

fortgefahren:

Der § 26 A.L.R. II. 1 bestimmt, daß Personen, welche durch verdächtigen Umgang Anlaß zur Trennung einer Ehe gegeben haben, die geschiedene Person nicht ehelichen sollen. Nach § 736 daselbst soll in solchem Falle dem schuldigen Ehegatten in dem Urtheil die anderweite Verheirathung nur unter dem Vorbehalt einer besonders nachzusuchenden richterlichen Erlaubniß gestattet werden. Die völlige Gleichstellung des „unerlaubten Umgangs" im Sinne des § 673 cit. mit dem Ehebruch in allen in Frage kommenden Beziehungen (A.L.R. II. 1 §§ 26, 673, 736, 748) führt dahin, daß der § 673 keinen besonderen Ehescheidungsgrund normirt, sondern nur die Führung des Beweises des Ehebruchs erleichtert. Man muß daher das Eheverbot des § 33 Nr. 5 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 (R.G.Bl. S. 30) auch auf den Fall beziehen, wenn die Ehetrennung auf Grund des § 673 ausgesprochen ist. Der erkennende Richter ist aber durch das letztgedachte Reichsgesetz nicht

von der Verpflichtung entbunden, in das Urtheil gemäß § 736 des zitirten Titels die Bestimmung aufzunehmen, daß dem schuldigen Ehegatten die anderweite Verheirathung nur durch besondere Erlaubniß zu gestatten sei. Denn dieser Paragraph statuirt nicht ein besonderes, über den § 25 dieses Titels und § 33 Nr. 5 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 hinausgehendes Ehehinderniß (wie in dem Aufsatze auszuführen gesucht wird, welcher in dem nicht amtlichen Theil des preußischen Justiz-Ministerial-Blattes von 1875 S. 119 abgedruckt*) ist), sondern derselbe hat nur die Bedeutung und den Zweck, die Wirksamkeit des im § 25 aufgestellten Ehehindernisses zu sichern. Es handelt sich bei der Erlaubniß der §§ 736, 737 nicht um einen ein aufschiebendes Ehehinderniß enthaltenden Konsens des Gerichts, sondern nur um die Feststellung der in dem letzten Paragraphen hervorgehobenen Thatsachen mittelst eines gerichtlichen Zeugnisses.

Endlich läßt sich auch nicht bezweifeln, daß, da die zuletzt gedachten Paragraphen dem öffentlichen Recht angehören und lediglich den Abschluß gesetzlich ungültiger Ehen zu verhindern bezwecken, der Vorbehalt von Amtswegen auszusprechen ist, und daß dies so lange zulässig ist, als die Trennung der Ehe noch nicht rechtskräftig ist. Auch wenn die Entscheidung des Revisionsrichters von dem des Ehebruchs schuldig erachteten Ehegatten angerufen wird, ist es keine reformatio in pejus, wenn der Revisionsrichter durch Hinzufügung des Vorbehalts das von den Vorderrichtern Versäumte nachholt.

Alles Vorstehende entspricht der Praxis des früheren preußischen Ober-Tribunals. (Vgl. Strieth. Arch. Bd. 63 S. 314 und Entschd. Bd. 60 S. 164; ferner Entschd. Bd. 75. S. 152, endlich die Präjudizien des Ober-Tribunals Nr. 856, 1306 in der Präj.-Samml. S. 137 und 156.)

---

*) Vgl. auch die entgegenstehende Ausführung des Geh. Ober-Justizraths Dr. Stölzel in Gruchot Beiträge Bd. 21 S. 321 ff.

## Nr. 59.

**Welche Wirkung hat der während des Scheidungsprozesses eintretende Tod des schuldigen Ehegatten auf den Abfindungs-Anspruch des unschuldigen?**

A.L.R. II. 1 §§ 743 ff., 811 ff., 833.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) in Sachen Wichmann wider Wichmann vom 10. November 1879.)

Die Ehefrau F. hat gegen ihren Mann auf Scheidung wegen Sävitien geklagt. In beiden Instanzen ist auf Trennung der Ehe erkannt, der Ehemann für den schuldigen Theil erachtet, und sind die güterrechtlichen Folgen der Scheidung festgesetzt. Verklagter hat Revision eingelegt. Er ist sodann während der Verhandlungen über das Rechtsmittel verstorben. Das Reichsgericht hat erkannt: daß die Revision, soweit sie die Trennung der Ehe und die Entscheidung über die Schuldfrage und die güterrechtlichen Folgen der Ehetrennung betrifft, durch den Tod des Revidenten für erledigt zu erachten, dagegen in Ansehung des Kostenpunkts das Erkenntniß des Königlich ostpreußischen Tribunals zu Königsberg vom 26. November 1878 zu bestätigen und den Erben des Revidenten auch die Kosten der Revisionsinstanz zur Last zu legen.

Gründe:

Es leuchtet ein, daß sich durch den Tod des Verklagten zunächst der Antrag auf Trennung der Ehe durch Richterspruch erledigt hat; denn eine Ehe, welche der Tod bereits getrennt hat, kann nicht mehr durch den Richter geschieden werden. Nicht weniger erledigen sich aber auch die Entscheidungen über die Schuldfrage und die daran gesetzlich geknüpften Folgen. Denn das Gesetz enthält für den Fall, daß der eine Ehegatte vor der Rechtskraft der Entscheidung, durch welche er für den schuldigen Theil erklärt ist, stirbt, nur die Bestimmung des A.L.R. II. 1 § 833, und diese läßt deutlich erkennen, daß dem anderen Ehegatten das ihm für den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod zustehende vertragsmäßige oder gesetzliche Erbtheil auch in solchem Falle zustehen soll. Da aber die Abfindung des unschuldig geschiedenen Ehegatten Abfindung für das Erbrecht ist, so läßt sich nicht annehmen, daß das Gesetz ihm neben dem durch den Tod angefallenen Erbtheil oder statt desselben die Scheidungsabfindung hat gewähren wollen. Damit geht aber zugleich jede rechtliche Bedeutung verloren, noch über die Schuldfrage zu befinden.

(Es wird dann ausgeführt, daß auf die Revision in Betreff des Kostenpunktes zu befinden, das zweite Urtheil jedoch zu bestätigen sei.)

---

## Nr. 60.

**1. Die Beifügung einer Substitution enthält eine Beschränkung des Pflichttheils.**

**2. Die Pflichttheilsklage ist vererblich.**

**A.L.R. II. 2 §§ 398, 427, 439, 440, I. 9 § 535.**

**(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 17. November 1879 in Sachen Sauer geb. Spillmann und Spillmann'sche Erben wider Grundmann.)**

Die 1871 verstorbene Wittwe S. setzte in ihrem Testamente zwei Kinder unbeschränkt zu Erben, dagegen eine Enkeltochter auf den Pflichttheil mit der Bestimmung ein, daß im Falle des Todes der letzteren im ledigen Stande das, was sie geerbt, an die beiden anderen Erben fallen solle. Der Vormund der minorennen Enkelin verweigerte die Anerkennung des Testamentes wegen Belastung des Pflichttheils mit der Substitution. Der Pflichttheil ist festgestellt und an das Vormundschaftsgericht gezahlt. Die Enkelin H. S. ist minderjährig und unverheirathet gestorben. Sie hat ein Testament errichtet und in demselben den Verklagten G. zum Universalerben eingesetzt. Verklagter befindet sich im Besitz ihres Nachlasses. Die Kläger verlangen auf Grund des Testaments der Wittwe S. Herausgabe des der Enkelin H. S. von ihrer Großmutter zugefallenen Erbtheils. Beide Vorinstanzen (das frühere Kr.-Ger. zu Neiße und das Appell.-Ger. zu Ratibor) haben die Kläger abgewiesen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Kläger rügt:

1. Verletzung des A.L.R. II. 2 § 398, weil die Substitution keine Beschränkung des Pflichttheils enthalte,
2. Verletzung des § 427 ib., welcher den Eltern ein unbedingtes und nicht, wie der Appell.-Richter annimmt, ein auf den Fall der Enterbung in guter Absicht beschränktes Recht gewähre, den Kindern ihre Geschwister auch im Pflichttheil zu substituiren,
3. Verletzung des § 439 l. c., weil der Appell.-Richter unter Hinweis auf dieses Gesetz ausführe, daß aus der Annahme des Pflichttheils das Anerkenntniß des Testaments nicht folge, und

4. Verletzung des § 440 l. c. sowie I. 9 § 535, weil der Appell.-Richter mit Unrecht die Pflichttheilsklage für vererblich halte.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

1. Das Pflichttheilsrecht erstreckt sich auf das volle Eigenthum an den auf den Pflichttheil fallenden Vermögensobjekten. Das Eigenthum faßt die Freiheit der letztwilligen Verfügung über eine Sache in sich, und der Mangel dieser Verfügungsfreiheit ist eine Beschränkung der Rechte des Eigenthümers. Die von der Wittwe S. angeordnete Substitution für den Fall des Absterbens der Helene S. im ledigen Stande belastet daher den Pflichttheil der letzteren mit einer Einschränkung, und der zweite Richter, indem er dies annahm, hat nicht den § 398 Tit. 2 Thl. II. des A.L.R. verletzt.

2. Der § 427 l. c. kann nach seiner Wortfassung, der Verbindung und dem Zusammenhange mit den vorhergehenden und nachfolgenden Bestimmungen nur auf die in den §§ 419—421 l. c. vorgesehenen Fälle der Enterbung aus guter Absicht bezogen werden. Die ausdehnende Auslegung, daß der § 427 den Eltern ein unbedingtes Recht ohne Beschränkung auf die Fälle der §§ 419—421 gewähre, ist vom Appell.-Richter aus zutreffenden Gründen für unrichtig erachtet, und sind hierdurch die §§ 419—427 l. c. nicht verletzt.

3. Der Appell.-Richter nimmt an, daß aus der Annahme des Pflichttheils nicht das Anerkenntniß des Testaments folgt, und er zitirt hierbei den § 439 l. c. Diese Zitation unterstellt nicht, daß gerade der Fall des § 439 hier vorliegt, sondern will offenbar diesen Paragraphen nur als für einen analogen Fall gegeben heranziehen. Abgesehen davon, daß die Frage, ob aus der Annahme des Pflichttheils das Anerkenntniß des Testamentes folgt, thatsächlicher Natur ist, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Annahme des dem Berechtigten schon von Gesetzes wegen und ohne Rücksicht auf das Testament zustehenden Pflichttheils für sich allein ohne besondere Umstände nicht die Bedeutung eines Anerkenntnisses des Testamentes hat.

4. In der Rechtsprechung und unter den Lehrern des preußischen Rechts gilt die Vererblichkeit der Pflichttheilsklage als herr-

schende Meinung. Es liegt kein Grund vor, hiervon abzuweichen, und sie muß im gegenwärtigen Falle umsomehr angenommen werden, als, wie der Appell.-Richter unangefochten festgestellt hat, der Vormund der Erblasserin des Beklagten gegen die den Pflichttheil belastende Substitution ausdrücklich protestirt hat, was einer Anfechtungserklärung gleichkommt. Ebenso ist der von dem früheren preußischen Ober-Tribunale konstant festgehaltene Grundsatz, daß die zweijährige Frist des § 440 l. c. eine Verjährungsfrist, keine Präklusivfrist ist, aus den namentlich in dem Erkenntniß vom 14. März 1870 (Entscheidungen Bd. 64 S. 187) angeführten Gründen für richtig anzuerkennen. Die hiermit konformen Entscheidungsgründe des Appell.-Richters verletzen daher weder den § 440 l. c. und § 535 A.L.R. I. 9, noch enthalten sie einen Verstoß gegen die angeblichen Rechtsgrundsätze, daß die Pflichttheilsklage nicht vererblich und die Frist des § 440 l. c. eine Präklusionsfrist sei.

---

## Nr. 61.

**Jedes Mitglied einer Kirchengemeinde kann gegen die Forderung von Baukosten den Einwand erheben, daß die in der Umlage der Kirchenvertretung angesetzten Kosten nicht von den Gemeindemitgliedern, sondern von einem Andern (dem Patron) zu tragen sind.**

A.L.R. II. 11 §§ 720, 731. Kirchengemeinde- und Synodalordnung vom 10. Septbr. 1873 §§ 1, 31. Gesetz betreffend die Kirchengemeindeordnung vom 25. Mai 1874 Art. 1, 2, 3.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 24. November 1879 in Sachen Groß-Peterwitz wider Diederichs.)

Die Vertretung der Kirchengemeinde zu G.-P. hat eine neue Orgel angeschafft und den Orgelchor umbauen lassen. Die Gesammtkosten hierfür betragen 5700 Mk. Hiervon hat der Patron 3000 Mk. gezahlt. Der Rest von 2700 Mk. ist von den Kirchengemeindemitgliedern durch Umlage eingefordert. Der Verklagte macht geltend, daß der Patron $^2/_3$ der Gesammtkosten beizutragen habe, und daß also nur 1900 Mk. einzuziehen seien. Die Instanzrichter erachten diesen Einwand für begründet. Die Behauptung der Klägerin, daß der Beitrag des Patrons vergleichsmäßig auf 3000 Mk. festgestellt sei, halten sie nicht für bewiesen. Die Klage auf Zahlung des dem Verklagten nach der Umlage zur Last fallenden Antheils ist angebrachtermaßen wegen fehlender thatsächlicher Unter-

lagen abgewiesen, und die von der Kirchenvertretung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verworfen aus folgenden

Gründen:

Für die Beurtheilung der Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin steht fest, daß in Ermangelung eines abweichenden rechtsgiltigen Vergleichs der Kirchenpatron zu den für Orgel und Umbau des Orgelchors aufzubringenden Kosten gesetzlich $^2/_3$ mit 3800 Mk. statt der in der Umlage nur angesetzten 3000 Mk. und die Kirchengemeinde $^1/_3$ mit nur 1900 Mk. statt 2700 Mk. beizutragen gehabt, demzufolge der Verklagte, als einzelnes Gemeindemitglied, weniger, als von ihm gefordert wird, beizutragen hat, und wegen fehlender Unterlagen sich der richtige von ihm zu leistende Beitrag nicht ermitteln läßt.

Es fragt sich daher allein: ob ein einzelnes Mitglied der Kirchengemeinde zum Einwande befugt ist, daß die Umlage Kosten, die dem Kirchenpatron zur Last fallen, den Gemeindemitgliedern aufgelegt hat.

Der zweite Richter hat in Uebereinstimmung mit dem ersten diese Frage zu Gunsten des Verklagten bejaht. Der Vorwurf der Klägerin, daß er hierdurch die §§ 1, 31 zu 4, 5, 6 der Kirchengemeinde- und Synodalordnung vom 10. September 1873, die Artikel 1, 2, 3 des Gesetzes betreffend die evangelische Kirchengemeinde- 2c. Ordnung vom 25. Mai 1874 und A.L.R. II. 11 §§ 720, 731 verletzt habe, ist nicht begründet. Die Streitfrage berührt das gesetzliche Recht der betreffenden Kirchenorgane zur Vertheilung der aufzubringenden Kosten gar nicht, sondern lediglich das Objekt der dieselbe vornehmenden Umlage. Unbedenklich aber werden hierbei Objekte, die sich zur Umlage eignen, also Kosten, welche die Kirchengemeinde treffen, vorausgesetzt, nicht aber Kosten, welche rechtlich nicht von dieser, also auch nicht von ihren einzelnen Mitgliedern, sondern von Dritten, im vorliegenden Falle vom Kirchenpatrone, zu tragen sind. Wenn daher, wie feststeht, Kosten, die allein der Patron zu tragen hat, auf die Mitglieder der Kirchengemeinde, zu denen Verklagter gehört, umgelegt worden sind, so erscheint dieser dadurch in seinem Rechte verletzt und wegen seines Sonderinteresses befugt, der unrichtigen Vertheilung zu widersprechen.

---

## Nr. 62.

**Stadt Berlin. Zu den Kosten der Legung des ersten Straßenpflasters gehören auch die Kosten der Herstellung des Niveaus und des Gefälles.**

**A. Kab.-O. vom 31. Dezember 1838 und Regulativ von demselben Tage.**

**(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 4. Dezember 1879 in Sachen Stadt Berlin, Klägerin, wider Baumert, Verklagten.)**

Auf die Revision der Klägerin ist das Erkenntniß des früheren preuß. Kammergerichts geändert und das Erkenntniß des früheren Stadtgerichts wiederhergestellt aus folgenden

### Gründen:

Der Streit dreht sich nur um den Umfang der Verpflichtung des Verklagten im Sinne der Allerhöchsten Kabinets-Ordre vom 31. Dezember 1838 und des Regulativs von demselben Tage. Der Verklagte meint, daß zu den Kosten der Legung des ersten Straßenpflasters die der Herstellung des Niveaus und des Gefälles nicht gehören, und der zweite Richter hat diese Ansicht gebilligt. Letzterer hat in den Gründen seiner Entscheidung Bezug genommen auf die in den Gründen des kammergerichtlichen Erkenntnisses vom 9. Mai 1878 in Sachen Stadtgemeinde Berlin wider Wagner de 1876 enthaltene Motivirung. Dort aber werden die Kosten der Beschaffung des allgemeinen Niveaus und Gefälles um deshalb nicht zu denen der ersten Pflasterung gerechnet, weil nach dem Sprachgebrauche von einer Legung des Pflasters nicht eher die Rede sein könne, als nicht das allgemeine Niveau der Straße in der Art hergestellt und freigelegt sei, daß die Pflasterung unmittelbar beginnen könnte. Für diese Möglichkeit komme es an sich nicht darauf an, ob das Straßenniveau im Verhältniß zu benachbarten anderen Straßen und Plätzen ein höheres oder tieferes sei. Ueberdies aber komme das Nivellement der Straße nicht bloß den unmittelbaren Adjazenten, sondern auch anderen Stadtbewohnern und der ganzen Stadtgemeinde zu Gute.

Diese Gründe können indessen nicht für zutreffend erachtet werden; sie stehen nicht im Einklange mit den Bestimmungen der Allerhöchsten Kabinets-Ordre und des Regulativs vom 31. Dezember 1838 und der in denselben festgehaltenen Ausdrucksweise und entsprechen auch nicht den allgemeinen thatsächlichen Verhältnissen.

In der Allerhöchsten Kabinets-Ordre vom 31. Dezember 1838 sub Nr. 11 ist ausdrücklich die Rede von der Verpflichtung zur An-

legung und Unterhaltung des Straßenpflasters und das Regulativ vom 31. Dezember 1838 verpflichtet in den Bestimmungen Nr. 1—7 die Kommune Berlin, sowohl innerhalb als außerhalb der Ringmauern die Anlegung und Unterhaltung des Straßenpflasters in allen nach dem 1. Januar 1837 neu angelegten oder anzulegenden Straßen auf ihre alleinigen Kosten (d. h. ohne Beihülfe des Staats) zu bewirken. Diese Bestimmungen lassen keinen Zweifel darüber, daß der Stadtkommune Berlin, die Kosten der ganzen Straßenpflasterung, nicht bloß die Kosten der Legung des Pflasters im engeren Sinne des Worts, auferlegt werden sollten. Und wenn es im Anschlusse hieran in Nr. 4 des Regulativs heißt: „Für die Zukunft soll den städtischen Behörden die Befugniß zustehen, bei der Anlage einer neuen Straße oder bei der Verlängerung einer schon bestehenden von den angrenzenden Eigenthümern die Legung des ersten Straßenpflasters oder den Betrag der hierzu erforderlichen Kosten zu verlangen," so kann unter dem hier gebrauchten Ausdruck „Legung" nach dem vorher Gesagten schon deshalb nichts anderes verstanden werden, als was vorher unter „Anlegung" verstanden ist, weil, wenn der Anspruch der Kommune an die Adjazenten auf etwas Anderes als den verhältnißmäßigen Anspruch auf die Kosten der Anlegung des ersten Straßenpflasters hätte beschränkt werden sollen, es der Beifügung einer Partikel oder eines ausdrücklichen Zusatzes bedurft haben würde. Ist aber der Ausdruck „Legung des ersten Straßenpflasters" synonym mit dem Ausdrucke „Anlegung" gebraucht, so können darunter nur alle diejenigen Arbeiten verstanden werden, welche die Anlegung des ersten Straßenpflasters erfordert, und dazu gehört auch die Herstellung des gehörigen Niveaus zu den angrenzenden Straßen. Ohne dieselbe würde die Straßenpflasterung selbst ihren Werth sowohl für die Adjazenten wie für die Stadtkommune verlieren, weil dadurch weder eine regelrechte Verbindung mit den übrigen Stadttheilen gewonnen würde, noch auch die einzelnen an der Straße belegenen Grundstücke den Schutz und die Vortheile genießen könnten, welche aus einer solcher regelrechten Verbindung entstehen. Das Nivellement und die Herstellung des erforderlichen Niveaus sind die nothwendigen Vorarbeiten für die Herstellung des Gefälles und der Entwässerung, und es bedarf keiner näheren Begründung, daß die letztere nothwendig ist, um die Straße passirbar und das an derselben liegende Gebäude im erträglichen

Bauzustande zu erhalten. Der zweite Richter legt mit Unrecht Gewicht auch darauf, daß das Nivellement und die Herstellung des nöthigen Gefälles nicht bloß den Adjazenten, sondern der ganzen Stadtgemeinde zu Gute kommt; denn dasselbe läßt sich auch von der bloßen Legung des Pflasters sagen. Sofern daher nicht ganz besondere, hier nicht vorhandene Umstände vorliegen, erscheint der Anspruch der klagenden Stadtgemeinde auf Erstattung der verhältnißmäßigen Kosten der ganzen Pflasterung seitens der Adjazenten einer neuen Straße begründet. Die übrigen Einwendungen des Verklagten sind von dem Appellationsrichter aus zutreffenden Gründen widerlegt.

Danach erschien die Abänderung des zweiten Erkenntnisses und die Wiederherstellung des ersten geboten.

---

## Nr. 63.

**1. In der Kurmark Brandenburg hat jede Stadt und jedes Dorf die Land- und Heerstraßen, mit Einschluß der dazu gehörigen Fußwege, so weit zu erhalten, als die Straße durch die Feldmark des Ortes geht.**

Scholz, Prov.-Recht der Kurmark Brandenburg, Entwurf § 504 Bd. I. S. 99.

**2. Die Vorschriften des A.L.R. I. 8 §§ 81, 82 über die Benutzung des Bürgersteiges gelten nur für Städte, nicht für Dörfer.**

A.L.R. I. 8 §§ 81, 82.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 18. Dezember 1879 in Sachen Gemeinde Rixdorf, Beklagte, wider die Kirche St. Jakobi in Berlin, Klägerin.)

Die Richtigkeitsbeschwerde der Beklagten gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Kammergerichts ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Nach § 135 II. 1b der Kreisordnung vom 13. Dezember 1872 entscheidet in wegepolizeilichen Angelegenheiten der Kreisausschuß interimistisch, von wem und auf wessen Kosten das im öffentlichen Interesse Erforderliche geschehen muß. Dem Betheiligten bleibt der ordentliche Rechtsweg offen gegen den, welchen er zu der angesonnenen Leistung für verpflichtet hält. Demgemäß beschreitet die Klägerin infolge der Entscheidung des Kreisausschusses des Kreises Teltow vom 13. März 1876 den Rechtsweg gegen die Beklagte. Der zweite Richter hat auch nach dem Klageantrage die Beklagte zur Erstattung

der von der Klägerin beigetriebenen Kosten der Pflasterung verurtheilt.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten konnte nicht von Erfolg sein.

Allerdings hat nach § 135 II. 1b der Kreisordnung und nach § 5 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 der Entscheidung des Kreisausschusses gegenüber die Klägerin nachzuweisen, daß nicht sie, sondern die Beklagte zu der polizeilich angeordneten Pflasterung des sogenannten Bürgersteiges verpflichtet gewesen. Vgl. Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 47 S. 309, Bd. 54 S. 402. Dieser Grundsatz über die Beweislast ist aber vom zweiten Richter nicht verkannt. Derselbe geht vielmehr von ihm aus und hält den der Klägerin obliegenden Beweis für erbracht. (Dies wird aus den Gründen des zweiten Erkenntnisses näher dargelegt.)

Nach dem festgestellten Thatbestande erachtet der zweite Richter den Satz des Märkischen Provinzialrechts: daß jede Stadt und jedes Dorf die Land- und Heerstraßen so weit zu unterhalten habe, als die Straße durch die Feldmark des Ortes geht (Scholtz, Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg, Entwurf § 504, Bd. 1 S. 99), hier für anwendbar; der zur Landstraße geschlagene Terrainstreifen unterliege denselben Grundsätzen. In dieser Gleichstellung findet die Beklagte eine Verletzung des Märkischen Provinzialrechts; dasselbe beziehe sich nur auf die Straßen als solche, nicht auch auf die Bürgersteige. Die Rüge trifft nicht zu. Aus dem Schweigen des Märkischen Provinzialrechts über Bürgersteige folgt hier nichts zu Gunsten der Beklagten. Es ergiebt sich daraus nur, daß, falls besondere gesetzliche Bestimmungen über Bürgersteige vorhanden sind, diese zur Norm dienen. Die Beklagte bezeichnet als solche Bestimmungen die §§ 81 und 82 A.L.R. I. 8, wonach jeder Hauseigenthümer den sogenannten Bürgersteig, soweit er das Steinpflaster zu unterhalten hat, gemäß § 78 nutzen kann, und nähere Vorschriften den Polizeigesetzen eines jeden Orts vorbehalten sind. (Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 62 S. 36, Bd. 49 S. 92.) Diese Bestimmungen hat aber der Appellationsrichter mit Recht für nicht anwendbar erklärt. Denn sie sind nur für Städte gegeben und setzen voraus, daß der Steig oder Raum sich vor städtischen Grundstücken befindet, welche mit Gebäuden besetzt sind oder ihrer Beschaffenheit nach mit Gebäuden besetzt werden dürfen und können

(Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 62 S. 377, 378). Von einem Bürgersteige im gesetzlichen Sinne kann hier nicht die Rede sein. Es enthält daher keine Rechtsverletzung, wenn der Appellationsrichter den provinzialrechtlichen Rechtssatz nicht lediglich auf den Fahrdamm der Landstraße beschränkt, sondern auch auf den im Interesse des öffentlichen Verkehrs zur Benutzung als Fußweg der Straße einverleibten Landstreifen erstreckt.

---

## Nr. 64.

**Wenn einer Dorfgemeinde die Unterhaltung einer Brücke gesetzlich obliegt, so kann wegen des durch die Vernachlässigung dieser Unterhaltung entstandenen Schadens der Beschädigte sich an die Gemeinde selbst halten und braucht sich nicht an die Beamten, welche das Versehen begangen haben, verweisen zu lassen.**

A.L.R. II. 15 §§ 138—140.

Pl.-Beschluß des früheren preuß. Ober-Tribunals vom 21. Juni 1847 (Entsch. Bd. 14 S. 92).

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 6. November 1879 in Sachen Dorfgemeinde Rabern wider Pampe.)

Die verklagte Dorfgemeinde ist verpflichtet, eine über einen Kommunikationsweg führende Brücke zu unterhalten. Der Appellationsrichter stellt fest, daß die Brücke kein Geländer hatte, obwohl sie nach polizeilicher Vorschrift mit einem solchen versehen sein mußte. Am 20. September 1876 ist der Kläger nach eingetretener Dunkelheit mit seinem Gefährt von der Brücke in einen Graben gestürzt. Er verlangt von der Verklagten den Ersatz seiner beschädigten Pferde gegen Herausgabe derselben und hat auch die Verurtheilung der Verklagten in beiden Vorinstanzen erreicht. Der zweite Richter (das frühere Appell.-Gericht zu Frankfurt a. O.) wendet A.L.R. I. 6 § 26 und II. 15 §§ 138 bis 140 an. Es führt aus, daß es auf konkurrirendes geringes Verschulden des Klägers nicht ankomme, und daß die Verklagte selbst für den Schaden hafte.

In der Nichtigkeitsbeschwerde wird unter anderen Angriffen auch gerügt, daß Verklagte für die Beschädigung durch Schuld ihrer Beamten haftbar erachtet ist. Das Reichsgericht hat diese Beschwerde verworfen aus folgenden

Gründen:

Es kann dahin gestellt bleiben, ob der Richter von Amtswegen

zu prüfen hatte, in wiefern die verklagte Gemeinde wegen Schadensersatz aus Versehen ihrer Beamten, Gemeindevorsteher, in Anspruch genommen werden konnte, ob daher der jetzt in der Nichtigkeitsbeschwerde erst nach dieser Richtung erhobene Einwand als ein neuer überhaupt noch berücksichtigt werden durfte. Denn in der Sache selbst kann nach dem Plenarbeschlusse des Ober-Tribunals vom 21. Juni 1847 (Entscheidungen Bd. 14 S. 92) darüber ein Zweifel nicht obwalten. Von dem dort entwickelten, seitdem in der Rechtsprechung auch festgehaltenen Grundsatze abzugehen, liegt kein ausreichender Grund vor und eben so wenig kann es zweifelhaft sein, den dort für Stadtgemeinden festgestellten Grundsatz auch auf Dorfgemeinden anzuwenden.

---

## Nr. 65.

**1. Wenn die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges erhoben ist, findet freie Beurtheilung des Sachverhältnisses statt.**

**2. Der Anspruch auf Benutzung eines öffentlichen Weges kann, sofern es sich nicht um ein Privatrecht handelt, durch gerichtliche Klage nicht geltend gemacht werden.**

**3. Die Vorschrift A.L.R. II. 15 § 7 gewährt dem Einzelnen nicht ein Privatrecht auf Benutzung eines öffentlichen Weges.**

A.L.R. II. 15 §§ 7, 2. Kreisordnung vom 13. Dezember 1872 § 135.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 24. November 1879 in Sachen Krumnow wider Neuendorf.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten ist für begründet erachtet und der Rechtsweg für unzulässig erklärt. Das Sachverhältniß ergeben folgende

### Gründe:

Der Appellationsrichter stellt fest, daß der Platz an der Schmiede des Verklagten, auf welchem dieser Wagen, Pflüge, Eggen, Räder, Eisen und sonstige Gegenstände aufstellt und auch Löcher gegraben hat, in der Dorfstraße liegt.

Er nimmt an, daß der Verklagte durch eine derartige Benutzung jenes Platzes die Dorfstraße versperre, und erachtet den klägerischerseits gestellten Antrag, dem Verklagten solche Benutzung zu untersagen, für gerechtfertigt, weil die Dorfstraße Kommunikationsweg und, als solcher, ein öffentlicher Weg sei, dessen freien Gebrauch der Kläger nach A.L.R. II. 15 § 7 beanspruchen könne, der Verklagte daher unbefugt in die Rechtssphäre des Klägers eingegriffen habe.

Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt, daß der Appellationsrichter hierdurch die Rechtsgrundsätze der Kreisordnung vom 13. Dezember 1872 über die Einschränkung der Kompetenz der Gerichte in Wegeangelegenheiten, insbesondere die Vorschriften des § 135 II. 1 a. a. O. verletze. Sie beantragt, das Appellationserkenntniß zu vernichten und die Klage wegen Inkompetenz abzuweisen.

Da dieser Angriff auf den Einwand der Unzulässigkeit des Rechtsweges gestützt ist, findet freie Beurtheilung des Sachverhältnisses statt. Vgl. die Ausführungen in dem Erkenntnisse des ehemaligen preußischen Ober-Tribunals vom 3. Juni 1869. (Entscheidungen Bd. 61 S. 355.)

Nach der Art und Weise, wie die Klage fundirt ist, erscheint der Vorwurf begründet. Der Kläger stützt sein Verlangen, daß dem Verklagten die Benutzung des fraglichen Platzes in der bisherigen Weise untersagt werde, lediglich darauf, daß der Platz ein Bestandtheil der Dorfstraße und diese zum öffentlichen Gebrauch der Dorfbewohner und des Publikums überhaupt bestimmt, also ein öffentlicher Weg ist. Eigenthumsrechte oder auf privatrechtlichen Titeln beruhende Nutzungsrechte an der Dorfstraße hat er nicht geltend gemacht. Auch hat er nicht behauptet, daß die Dorfstraße etwa Eigenthum der Dorfgemeinde und er deshalb zur Benutzung derselben berechtigt sei, so daß angenommen werden müßte, es handle sich hier um einen Kommunalweg, an welchem dem Kläger, als Gemeindemitglied, Rechte zustehen würden.

Vgl. Erkenntniß des preußischen Ober-Tribunals vom 24. Februar 1870. (Entscheidungen Bd. 63 S. 269.)

In der Replik hat er sich zwar auch auf das märkische Auenrecht berufen. Er hat jedoch aus diesem nicht für sich ein Recht auf die Benutzung der Dorfstraße hergeleitet, sondern sich nur auf die Behauptung beschränkt, daß der Verklagte auf Grund desselben nicht berechtigt sei, die Dorfstraße, wie geschehen, zu benutzen. Es kann deshalb unerörtert bleiben, ob das märkische Auenrecht, wie einerseits angenommen wird, durch den § 3 Nr. 14 des Gesetzes vom 2. März 1850 beseitigt ist (von Scholtz, Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg, Ausgabe 2 Bd. 2 S. 370), oder ob sich die Beseitigung desselben aus jener Bestimmung nicht herleiten läßt, wie in dem Erkenntnisse des preuß. Ober-Tribunals vom 5. Februar 1863 (Striethorst's Archiv Bd. 48 S. 173) ausgeführt wird.

Es fragt sich nur, ob der Kläger deshalb, weil die Dorfstraße ein öffentlicher Weg ist, zu dem von ihm gestellten Verlangen berechtigt ist, und das muß verneint werden. Mit Unrecht hat der Appellationsrichter aus A.L.R. II. 15 § 7 das Gegentheil gefolgert. Die Vorschrift dieses Paragraphen, daß der freie Gebrauch der Land- und Heerstraßen einem Jeden zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen gestattet ist, findet zwar, wenn sie auch zunächst nur für Land- und Heerstraßen gegeben ist, auf öffentliche Wege analoge Anwendung; denn es ist der Zweck der öffentlichen Wege, wie der der Land- und Heerstraßen, den gemeinen Verkehr zu vermitteln, so daß es einem Jeden aus dem Publikum frei steht, sich des öffentlichen Weges zur Kommunikation zu bedienen. Daraus folgt aber nicht, daß jedem Einzelnen aus dem Publikum auch ein vor den ordentlichen Gerichten verfolgbares Recht auf die Benutzung des öffentlichen Weges zusteht. Der § 2 a. a. O.; wonach sich Niemand ohne besondere Erlaubniß des Staats eine Verfügung über Land- und Heerstraßen anmaßen soll, findet in gleicher Weise, wie der § 7 a. a. O., analoge Anwendung auf alle öffentlichen Wege. Danach gebührt es den die Wegepolizei handhabenden Organen des Staats, im öffentlichen Interesse zu bestimmen, in welcher Weise die Benutzung eines öffentlichen Weges erfolgen soll. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, daß der Einzelne Privatrechte an einem öffentlichen Wege haben kann und, wenn er solche zu haben vermeint, bleibt es ihm unbenommen, dieselben, soweit ihnen die Bestimmung des Weges, als eines öffentlichen, nicht entgegensteht, vor dem ordentlichen Richter geltend zu machen. Lediglich deshalb aber, weil der Weg ein öffentlicher ist, steht ihm ein Privatrecht zu verlangen, daß der Weg so und nicht anders benutzt werde, nicht zu. Das Erkenntniß des ehemaligen preuß. Ober-Tribunals vom 12. Juli 1875 (Entscheidungen Bd. 75 S. 154), auf welches der Appellationsrichter sich beruft, entscheidet eine von der vorliegenden ganz verschiedene Frage und die Ausführungen, durch welche die Entscheidung motivirt wird, enthalten nichts, worin eine Billigung der Ansicht des Appellationsrichters gefunden werden könnte. Im Gegentheil wird in demselben zutreffend darauf hingewiesen, daß in dem modernen Rechte an die Stelle der römisch-rechtlichen Interdikte zum Schutze des Gebrauchs öffentlicher Sachen der polizeigerichtliche Schutz getreten ist. Dem entsprechend überträgt die Kreisordnung vom 13. Dezember 1872 in wegepolizei-

lichen Angelegenheiten die Entscheidung darüber, was im Interesse des öffentlichen Verkehrs geschehen muß, den Verwaltungsgerichten. Nach § 135 II. 1 a. a. O. steht dem Kreisausschusse hierüber die Entscheidung zu, gegen welche zwar die Berufung an das Bezirksverwaltungsgericht zulässig ist, aber mit Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges. Somit entscheidet der Appellationsrichter über einen Gegenstand, welcher durch ausdrückliche Bestimmung der Kreisordnung seiner Kognition entzogen ist, indem er unzutreffend annimmt, der Verklagte habe dadurch, daß er die Dorfstraße als einen öffentlichen Weg, wie geschehen, benutzt habe, in die Privatrechtssphäre des Klägers eingegriffen.

---

## Nr. 66.

**Der preußische Vormundschaftsrichter darf einem in Preußen sich aufhaltenden und in seinem Heimathsstaate bevormundeten minderjährigen Nichtpreußen zum Zwecke des Betriebes einer Rechtsangelegenheit einen Pfleger bestellen.**

Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §§ 6, 8, 86, 89, 90, 91.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 28. November 1879 in Sachen Heinke wider Kornel).

Der Kläger ist Mecklenburger. Er steht in seinem Heimathsstaate wegen Minderjährigkeit unter Vormundschaft. In dem gegenwärtigen Prozesse fordert er vom Verklagten, bei welchem er als Milchpächter fungirt hat, Herausgabe von Sachen. Behufs Anstellung der Klage hat das frühere Kreisgericht zu Havelberg, als Gericht des Aufenthaltsortes, ihm einen Pfleger bestellt. Der Verklagte wendet ein, Kläger und der ihm bestellte Pfleger könnten nicht vor Gericht auftreten. Der zweite Richter (das frühere preußische Kammergericht) hat den Einwand verworfen. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Verklagter führt aus: Da Kläger Nichtpreuße und bevormundet sei, der Vormund aber zur gegenwärtigen Klage die Zustimmung verweigere, habe der Appellationsrichter die §§ 6, 90, 91 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 falsch angewendet. Kläger habe seinen Wohnsitz beim Vormunde in Mecklenburg (l. 1 pr., l. 5 ubi pup. educ. Dig. 27, 2). § 6 der Vormundschaftsordnung beziehe sich nicht auf bevormundete Minderjährige. Keinesfalls sei die

Bestellung eines Pflegers, um gegen den Willen des Vormundes einen Prozeß zu führen, eine vorläufige Maßregel im Sinne des § 6. Der § 90 gestatte nur die Bestellung von Pflegern für Personen, welche der vormundschaftlichen Vertretung entbehrten. Ein solcher Fall liege nicht vor, wenn der Vormund nach pflichtmäßigem Ermessen die Zustimmung zu einer Klage des Mündels verweigere.

Der Kläger erwidert:

Nicht der Appellationsrichter, sondern schlimmsten Falles der Vormundschaftsrichter habe die angezogenen Gesetzesstellen verletzt. Dies begründe vielleicht eine Beschwerde gegen die Maßregel des Vormundschaftsrichters, nicht aber die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß des Appellationsrichters, welchem eine den Gesetzen formell entsprechende Bestallungsurkunde erbracht sei. Es unterstehe nicht der Prüfung des Prozeßrichters, ob materiell die Voraussetzungen für die Einleitung der Pflegschaft vorlägen. Uebrigens sei Voraussetzung des § 6 Absatz 2 nur der Mangel einer Bevormundung in Preußen.

Die Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde war auszusprechen. Für den gegenwärtigen Rechtsstreit interessirt lediglich die Frage:

> ob der preußische Vormundschaftsrichter einem in Preußen sich aufhaltenden, aber in seinem Heimathsstaate bevormundeten minderjährigen Nichtpreußen zum Zwecke des Betriebes einer Rechtsangelegenheit in Preußen einen Pfleger bestellen darf?

Die Frage ist zu bejahen.

Ausdrücklich erwähnt die preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 nur die Fürsorge des Vormundschaftsrichters für **nicht bevormundete** Nichtpreußen. Aber im Abschnitte betreffend die Pflegschaft §§ 86, 89 bestimmt sie ganz allgemein, daß der Vormundschaftsrichter Personen, welche selbst zu handeln außer Stande sind, einen Pfleger für einzelne Angelegenheiten zu bestellen hat, und zwar:

> sowohl wenn sie bevormundet sind, aber die Ausübung der vormundschaftlichen Rechte aus thatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht stattfinden kann, als auch wenn sie der vormundschaftlichen Vertretung entbehren.

Diese allgemeine Fassung schließt eine Fürsorge des preußischen Vormundschaftsrichters für in ihrem Heimathsstaate bevormundete Nichtpreußen nicht aus. Es fragt sich nur, ob ein solcher Ausschluß

daraus zu folgern ist, daß nach § 8 für die Pflegschaft eines Bevormundeten das Gericht der Vormundschaft zuständig ist, so daß man sagen müßte:

> da der nichtpreußische Vormundschaftsrichter die Vormundschaft führt, ist er auch allein für die Pflegschaft zuständig?

Wäre der § 8 dahin auszulegen, daß unter dem dort genannten Vormundschaftsrichter auch der nichtpreußische Vormundschaftsrichter zu verstehen ist, so müßte der Nichtigkeitsbeschwerde beigepflichtet werden.

Es kann aber nicht angenommen werden, daß die preußische Vormundschaftsordnung über die Zuständigkeit des nichtpreußischen Vormundschaftsrichters hat Bestimmungen treffen wollen, und es ist daher der § 8, welcher ausdrücklich auch auf den § 6 verweist, bei Anwendung auf einen Nichtpreußen dahin zu verstehen:

> für die Pflegschaft über einen bevormundeten Nichtpreußen ist dasjenige preußische Gericht zuständig, bei welchem die Vormundschaft entweder thatsächlich geführt wird oder doch zu führen sein würde, wenn sie in Preußen einzuleiten wäre.

Unbestritten hat Kläger in Preußen keinen Wohnsitz, sondern nur im Bezirke des preußischen Gerichts zu Havelberg seinen Aufenthalt. Danach ist der Vormundschaftsrichter in Havelberg gemäß § 6 a. a. O. der zuständige preußische Vormundschaftsrichter. Jedenfalls ergiebt sich aus dem zweiten Absatze des § 8, daß, wenn nach §§ 2, 3, 4, 6 a. a. O. die Frage nicht zu entscheiden wäre, immer das Gericht zu Havelberg das zuständige Vormundschaftsgericht sein würde, weil dort die Angelegenheiten wahrzunehmen sind, wegen deren die Thätigkeit des Vormnndschaftsrichters einzutreten hat.

---

## Nr. 67.

**Die von dem gesetzlich verpflichteten Armenverbande gegebene Unterstützung muß von dem Armen erstattet werden, sobald seine Vermögenslage es zuläßt. Die Absicht der Schenkung ist bei dem Armenverbande nicht zu vermuthen.**

A.L.R. I. 13 § 262 ff., II. 19 § 67.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 27. November 1879 in Sachen Krause wider Stadtgemeinde Landsberg a. W.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin gegen das Erkenntniß

des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Frankfurt a. O. ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Verklagte war zum Unterhalt ihrer Kinder verpflichtet. Da sie dazu unvermögend war, so hat die Stadtgemeinde L. derselben Unterstützung im Betrage von 429 Mk. 22 Pf. gewährt. Die Stadtgemeinde hat die Unterstützung nicht freiwillig geleistet, sondern auf Grund der ihr gesetzlich obliegenden Verpflichtung zur Unterstützung ihrer hülfsbedürftigen Mitglieder. Daher kann, wie der Appellationsrichter mit Recht annimmt, von einer Absicht, das Gegebene zu schenken, keine Rede sein. Es müssen vielmehr die Grundsätze von der nützlichen Verwendung in Anwendung kommen. Die nach A.L.R. I. 13 § 262 ff. dem Empfänger obliegende Verpflichtung zur Zurückgabe oder zum Ersatz des in den Nutzen des Empfängers Verwendeten unterliegt nur insofern einer Einschränkung, als der zur Unterstützung Verpflichtete die Zurückgabe oder den Ersatz erst dann beanspruchen kann, wenn der Unterstützte in die Lage kommt, der Unterstützung nicht mehr zu bedürfen, und seine Vermögenslage sich soweit gebessert hat, daß er bei Rückzahlung des Empfangenen nicht sofort wieder in Hülfsbedürftigkeit gerathen und also wieder als Hülfsbedürftiger zu unterstützen sein würde. Indem der Appellationsrichter diesen Grundsatz ausspricht, hat er die §§ 262 ff. a. a. O. nicht verletzt.

Unzutreffend ist ferner der Vorwurf der Verletzung des A.L.R. II. 19 § 67, da dieser Paragraph den hier nicht vorliegenden Fall einer von einer besonders eingerichteten Armenanstalt gewährten Unterstützung betrifft und auch keine Entscheidung darüber giebt, in wiefern ein Erstattungsanspruch während des Lebens des Unterstützten geltend gemacht werden kann. Implorantin meint nun zwar insbesondere, der Appellationsrichter verkenne die Voraussetzungen der Versionsklage. Nach dem vorstehend Ausgeführten ist dies aber keineswegs der Fall, und wenn Implorantin sich dabei auf das Erkenntniß des früheren preuß. Ober-Tribunals vom 12. Februar 1878 beruft (Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 81 S. 217), so übersieht sie, daß am Schlusse der Entscheidung ausdrücklich hervorgehoben wird, daß nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht, abweichend vom gemeinen Recht, bei jeder Zuwendung in das Vermögen eines Anderen eine Klage gegen diesen unter dem Gesichtspunkt

der Bereicherung gewährt wird. Insbesondere kann der von der Implorantin formulirte Rechtssatz:

> Die von Gemeinden in Erfüllung gesetzlicher Verpflichtung gegebenen Armenunterstützungen können, auch wenn der Unterstützte zu Vermögen gelangt ist, nicht zurückgefordert werden,

als richtig nicht anerkannt werden, soweit das im Allgemeinen Landrecht niederlegte Recht in Frage kommt.

Gleiches gilt von dem eventuell formulirten Rechtssatze:

> Daß Gemeinden die von ihnen gewährten Armenunterstützungen nur dann zurückfordern können, wenn anzunehmen ist, daß dem Unterstützten nach Rückgewähr des Empfangenen die Mittel verbleiben, sich seinen Lebensunterhalt dauernd und nicht bloß, wie der zweite Richter meine, für die nächste Zeit zu verschaffen.

Entscheidend ist nur die Vermögenslage des Unterstützten zur Zeit des erhobenen Anspruchs auf Erstattung, und in dieser Beziehung stellt der Appellationsrichter fest, daß die Verklagte auch bei Erstattung der gesammten ausgeklagten Summe immerhin noch ausreichende Mittel behalten würde, um selbst ohne anderweites Einkommen den Unterhalt für sich und ihre Famlie zu bestreiten. Wenn er dabei hinzufügt, „wenigstens für die nächste Zeit“, so will er damit nicht sagen, daß Gefahr vorhanden sei, die Verklagte werde in nächster Zeit wieder in Hülflosigkeit gerathen, sondern er meint im Gegentheil, eine solche Gefahr sei für die nächste Zeit nicht vorhanden. Er erachtet deshalb die Verklagte zur Erstattung für verpflichtet. Einen Rechtssatz, wie ihn die Verklagte formulirt, kennt das Gesetz nicht.

---

## Nr. 68.

**Wenn ein Verarmter die ihm von dem gesetzlich dazu verpflichteten Verwandten angebotene Verpflegung nicht annimmt und von einem Armenverbande unterstützt werden muß, so kann letzterer Ersatz von dem Verwandten fordern.**

A.L.R. II. 3 § 15.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 4. Dezember 1879 in Sachen Katzmarcziek wider die Dorfgemeinde zu Opalniec.)

Die klagende Dorfgemeinde ist durch Regierungsresolut verpflichtet erklärt, den Armen N. K. vorläufig zu verpflegen. Sie hat gegen

drei Brüder desselben, darunter auch den jetzigen Imploranten, ein rechtskräftiges Urtheil erstritten, sie von der Verpflegung des Armen zu befreien. Auf ihren Antrag hat das Prozeßgericht auch ein Exekutionsmandat erlassen. Die drei Brüder sind demselben jedoch nicht nachgekommen. Imploratin hat den N. K. weiter verpflegt, und fordert jetzt Ersatz.

Der Implorant macht dagegen geltend, er habe seinem verarmten Bruder Naturalverpflegung früher gewährt und sei auch jetzt zur Gewährung derselben bereit. Sein Bruder sei jedoch aus Hang zum Müßiggang von ihm fortgegangen. Weiter als Naturalverpflegung brauche er nichts zu leisten. Der Armenverband sei zur Unterstützung nicht verpflichtet gewesen, da der Arme bei ihm (Imploranten) Aufnahme gefunden haben würde.

Das Reichsgericht hat die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das den Imploranten zur Zahlung verurtheilende II. Erkenntniß (des früheren ostpreußischen Tribunals zu Königsberg) zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Es kann zugegeben werden, daß der zur Alimentation verpflichtete Verwandte der Regel nach diese Pflicht erfüllt, wenn er dem verarmten Verwandten Naturalverpflegung gewährt, daraus folgt aber nicht, daß er von der Verpflichtung zur Erstattung der Verpflegungskosten eines Armenverbandes, welcher zur vorläufigen Verpflegung durch die Anordnung der Königlichen Bezirksregierung angehalten ist, dadurch befreit wird, daß der Unterstützte die Naturalverpflegung nicht annimmt. In solchem Falle genügt es nicht, daß der in Anspruch genommene Verwandte sich dem Armenverbande gegenüber zur Uebernahme der Naturalverpflegung erbietet, sondern es ist seine Sache, sich in die Lage zu bringen, die Naturalverpflegung zu gewähren, und es ist nicht Sache des Armenverbandes, dem unterstützungspflichtigen Verwandten den Verarmten zuzuführen und Maßregeln zu ergreifen, um zu verhüten, daß der Verarmte ihn (den Armenverband) nicht wieder in die Lage bringt, vorläufige Unterstützung gewähren zu müssen. Die bloße Versagung der Gewährung vorläufiger Unterstützung an einem andern Orte ist dazu auch offenbar kein geeignetes Mittel, da der durch die Bezirksregierung zu solcher vorläufigen Unterstützung verpflichtet erklärte Armenverband dieselbe, wenn das Bedürfniß dazu vorliegt, auch dann

nicht versagen darf, wenn der Verarmte bei einem unterstützungsverpflichteten, an einem andern Orte wohnenden Verwandten die Naturalverpflegung erhalten könnte. Auch in solcher Unterstützung liegt eine Verwendung in den Nutzen des letzteren und zwar auf Höhe desjenigen, was der Armenverband aufwenden muß, um die dem verpflichteten Verwandten obliegende Alimentationspflicht zu erfüllen, nicht bloß auf Höhe desjenigen, was ein solcher Verwandter aufzuwenden gehabt hätte, wenn er in der Lage gewesen wäre, Naturalverpflegung zu gewähren. Denn es liegt nicht an dem Armenverbande, sondern an ihm selbst, daß er nicht Naturalverpflegung gewährt hat.

---

## Nr. 69.

**Wenn einem pensionirten Offizier nach dem Austritt aus dem Dienst eine etatsmäßige Stelle, mit welcher zwar kein Gehalt, aber das Recht auf Wohnungsgeldzuschuß verbunden ist, übertragen wird, so muß bei seinem Ausscheiden aus dieser Stelle der Wohnungsgeldzuschuß bei Bemessung der Pension in Anrechnung gebracht werden.**

R.-Gesetz vom 30. Juni 1873 §§ 1 und 8. Militär-Pensionsgesetz vom 27. Juni 1871 § 21.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 6. November 1879 in Sachen von Francois wider Reichsfiskus.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Kammergerichts ist für begründet erachtet aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Das Eigenthümliche der Stellung des Klägers als Landwehrbezirkskommandeurs hat darin bestanden, daß er zwar eine etatsmäßige Stelle bekleidet, aber kein Gehalt erhalten, sondern die ihm bei seiner Pensionirung bewilligte Pension fortbezogen und auf Grund des Reichsgesetzes vom 30. Juni 1873 Wohnungsgeldzuschuß bekommen hat. Es ist daher die Frage entstanden:

> ob der Kläger bei seiner Entlassung aus seiner etatsmäßigen Stellung von dem Wohnungsgeldzuschuß Pension zu beanspruchen hat.

Für Beantwortung dieser Frage ist das Reichsgesetz vom 27. Juni 1871 ohne Bedeutung. Denn dasselbe bestimmt nur, auf welche Pension ein Offizier Anspruch hat, welcher sein Gehalt aus

dem Militär-Etat bezogen und zur Fortsetzung des aktiven Militärdienstes unfähig und deshalb verabschiedet worden ist, § 2, und welche Veränderungen bezüglich der Pension eintreten, wenn ein mit Pensionsansprüchen aus dem aktiven Dienst geschiedener Offizier zu demselben wieder herangezogen worden ist und in einer etatsmäßigen Stellung Verwendung gefunden hat. Wie es aber bezüglich des Wohnungsgeldzuschusses zu halten sei, darüber hat jenes Gesetz nichts bestimmt und es konnte darüber nichts bestimmen, weil der Wohnungsgeldzuschuß erst durch das Gesetz vom 30. Juni 1873 eingeführt worden ist. Nur dies Gesetz ist daher für die aufgeworfene Frage von Bedeutung. Der § 1 desselben giebt ein Recht auf den Wohnungsgeldzuschuß jedem Offizier, welcher seinen dienstlichen Wohnsitz in Deutschland hat, eine etatsmäßige Stelle bekleidet und eine Besoldung aus der Reichskasse bezieht. Was insbesondere den Ausdruck „Besoldung" anbelangt, so ist derselbe umfassender, als der im Gesetz vom 27. Juni 1871 gebrauchte Ausdruck „Gehalt." Es ist darunter jede Art von Besoldung zu verstehen, ohne Unterschied, ob dieselbe in Form des Gehalts oder in Form des Fortbeziehens einer Pension gewährt wird. Dieser Auslegung des § 1 entsprechend ist dem Kläger, so lange er die etatsmäßige Stelle als Landwehr-Bezirkskommandeur bekleidete, der Wohnungsgeldzuschuß gezahlt worden. Er hat denselben nicht als einen Theil seiner Pension erhalten, sondern auf Grund des Bekleidens einer etatsmäßigen Stelle.

Wenn nun der § 1 des Gesetzes bestimmt:

> Bei Bemessung der Pension wird der Durchschnittssatz des Wohnungsgeldzuschusses für die Servisklassen I. bis V. in Anrechnung gebracht,

und:

> In allen anderen Beziehungen gilt der Wohnungsgeldzuschuß mit der im § 4 bestimmten Maßgabe als Bestandtheil der Besoldung,

so kann diese Bestimmung nur dahin verstanden werden, daß jeder Offizier, bei welchem die Erfordernisse des § 1 vorhanden waren, bei seinem Ausscheiden aus der etatsmäßigen Stelle von dem Betrage des nach § 8 zu berechnenden Wohnungsgeldzuschusses Pension erhalten soll, ohne Unterschied, ob er in seiner etatsmäßigen Stelle Gehalt erhalten oder die ihm bewilligte Pension fortbezogen hat.

Wenn der Appellationsrichter das Recht auf Pension von dem Wohnungsgeldzuschuß nur denjenigen Offizieren zuspricht, welche förmlich wieder im aktiven Dienst angestellt werden und demzufolge Gehalt oder, wie der Appellationsrichter sich ausdrückt, „förmliche Besoldung" erhalten, so macht er eine Unterscheidung, welche das Gesetz nicht kennt. Denn das Gesetz spricht weder im § 1 noch im § 8 von Gehalt oder förmlicher Besoldung förmlich reaktivirter Offiziere, sondern einfach von Bekleiden einer etatsmäßigen Stelle und Besoldung. Und wenn der Appellationsrichter insbesondere meint, es sei nicht denkbar, daß der Gesetzgeber, wenn er den Grundsatz des § 21 des Militärpensionsgesetzes bezüglich des Wohnungsgeldzuschusses hätte ändern wollen, dies nicht ausdrücklich ausgesprochen haben würde, so kann diese Bemerkung nicht als richtig anerkannt werden. Es ist vielmehr im Gegentheil hervorzuheben, daß, wenn der Gesetzgeber denjenigen Offizieren, welche den Erfordernissen des § 1 des Gesetzes vom 30. Juni 1873 entsprochen, aber als Besoldung nicht Gehalt, sondern die ihnen bewilligte Pension bezogen haben, ein Recht auf Pension von dem Wohnungsgeldzuschuß hätte absprechen wollen, er dies ausgesprochen haben würde. Was sonst noch von den Parteien angeführt wird, ist unerheblich, namentlich, daß von einer Neupensionirung des Klägers, soweit die ihm bereits bewilligte Pension in Betracht kommt, nicht die Rede sein kann, daß die Entlassung des Klägers aus seiner Stellung in einer anderen Form erfolgt ist, als bei der Pensionirung solcher Offiziere, welche eine mit Gehalt verbundene Stelle bekleiden, und daß die Stelle der Landwehr-Bezirkskommandeure in vielen Beziehungen eine andere ist, als die derjenigen Offiziere, welche unter Fortfall der Pension im aktiven Heere definitiv gegen Gehalt angestellt werden.

Der Anspruch des Klägers ist nach § 1 und § 8 des Gesetzes vom 30. Juni 1873 begründet und § 21 des Gesetzes vom 27. Juni 1871 steht demselben nicht entgegen. Wegen Verletzung gedachter Gesetzesbestimmungen unterliegt das Appellationsurtel der Vernichtung.

---

## Nr. 70.

**Die im § 114 des Militär-Pensionsgesetzes vom 27. Juni 1871 vorgeschriebene Bekanntmachung der Militär-Verwaltungsbehörde ist an keine Form gebunden.**

R.G. vom 27. Juni 1871 § 114 (R.G.B. S. 302.)

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 4. Dezember 1879 in Sachen Stelzer wider Militärfiskus).

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Kammergerichts ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

### Gründen:

Der zweite Richter erachtet die durch das Bezirkskommando zu Breslau dem Kläger mündlich gemachte Mittheilung des Inhalts der Ministerialentscheidung vom 11. Mai 1875 für ausreichend, um von dem Zeitpunkt derselben an den Lauf der Klagefrist zu rechnen. Dieser Annahme ist beizutreten. Der § 114 des Militärpensionsgesetzes vom 27. Juni 1871 knüpft die den Beginn der Klagefrist bezeichnende Bekanntmachung der endgültigen Entscheidung der Militärverwaltungsbehörde nicht an eine bestimmte Form; auch sonst ist in den Gesetzen für derartige Bekanntmachungen eine Form nicht vorgeschrieben, und wenn die betreffende Militärbehörde die Entscheidung vom 11. Mai 1875 dem Kläger durch die im Dienstwege erfolgte mündliche Mittheilung des Inhalts bekannt gemacht hat, so kann hierin eine vom Gesetz nicht gewollte und ihm widersprechende Form der Bekanntmachung nicht gefunden werden. Der zweite Richter hat also nicht die §§ 114, 115 a. a. O. verletzt.

---

## Nr. 71.

**Unfähigkeit des Lehrlings zur Erlernung des Handwerks berechtigt zur Aufhebung des Lehrvertrages, auch wenn die Unfähigkeit schon vor Abschluß des Vertrages vorhanden war.**

Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 § 123.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 2. Dezember 1879 in Sachen Böge wider Siemers.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appellationsgerichts zu Kiel ist für begründet erachtet aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter geht davon aus, daß die einseitige Aufhebung eines Lehrvertrags wegen Unfähigkeit des Lehrlings zur Erlernung des Handwerks oder Gewerbes nach § 123 Abs. 2 der hier maßgebenden Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 nur gestattet sei, wenn die Unfähigkeit nach Abschluß des Vertrags eintrete. Er nimmt weiter an, daß der Kläger nicht behauptet habe, sein Sohn sei nach Eingehung des Lehrvertrags zur Erlernung des Handwerks unfähig geworden, und hält deshalb den Anspruch des Klägers, den Vertrag aufzuheben, für unbegründet, ohne daß er feststellt, ob die behauptete Unfähigkeit vorhanden gewesen sei oder nicht.

Dieser Ausführung liegt ein Rechtsirrthum zu Grunde.

Der § 123 Abs. 2 spricht allerdings nur von dem Fall, wenn der Lehrherr oder Lehrling zur Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen unfähig wird, und bestimmt, daß in einem solchen Fall der Lehrvertrag aufzuheben ist, setzt also einen gültig abgeschlossenen Lehrvertrag voraus, womit auch der 3. Absatz des Paragraphen in Uebereinstimmung steht. Hiernach kann dem Appellationsrichter darin Recht gegeben werden, daß sich die erwähnte Vorschrift nur auf eine nach Abschluß des Lehrvertrags eingetretene Unfähigkeit bezieht. Es gelten aber die allgemeinen Regeln über Verträge auch für den Lehrvertrag, so weit nicht die besonderen Vorschriften eine Abänderung enthalten, und namentlich ist auch der Grundsatz, daß über unmögliche Leistungen Verträge mit verbindlicher Kraft nicht geschlossen werden können, auf den Lehrvertrag anwendbar. Der Appellationsrichter giebt daher der Vorschrift des § 123 Abs. 2 eine irrige Anwendung, wenn er auf Grund derselben annimmt, daß ein Lehrvertrag ungeachtet der Unfähigkeit des Lehrlings zur Erlernung des betreffenden Handwerks verbindliche Kraft habe, falls die Unfähigkeit bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden gewesen und nicht erst nachträglich eingetreten sei.

(In der Sache selbst ist das angefochtene Erkenntniß aber dennoch für gerechtfertigt erachtet aus thatsächlichen Gründen.)

---

## Nr. 72.

**1. Sowohl nach § 108 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 als nach § 120a des Gesetzes vom 17. Juli 1878 sind Streitigkeiten zwischen selbständigen Gewerbetreibenden und ihren Gehülfen in den vom Gesetze bestimmten Fällen, bevor die gewerbliche Vorinstanz beschritten ist, im Rechtswege nicht verfolgbar, selbst wenn das Vertragsverhältniß bereits gelöst ist.**

**2. Ein Braumeister, dem kontraktlich im Dienste des Prinzipals bestimmte Funktionen, aber nicht die Vertretung des Prinzipals nach außen hin überwiesen sind, gehört zu den Gewerbegehülfen.**

Gewerbe-Ordnung vom 21. Juni 1869 (B.G.Bl. S. 245) § 108, Gesetz vom 17. Juli 1878 (R.G.Bl. S. 199) § 120a.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 9. Dezember 1879 in Sachen Hofmuckel (Kläger) wider Maschinski (Verklagter).

Der Kläger war bis zum 1. Oktober 1877 Braumeister des Verklagten gewesen. Nach Aufhebung des Vertragsverhältnisses klagte er die ihm angeblich kontraktlich zustehende Tantième ein. Der erste Richter erkannte in der Sache selbst. Der Appellationsrichter (das frühere preuß. Appell.-Gericht zu Insterburg) wies die Klage zur Zeit ab, weil Kläger sich nicht zunächst an das Gewerbegericht resp. die Gemeindebehörde gewandt hatte.

Die Revision des Klägers ist verworfen aus folgenden

Gründen:

Der § 108 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 (B.-G.-Bl. S. 245 ff.) bestimmt:

> Streitigkeiten der selbständigen Gewerbetreibenden mit ihren Gesellen, Gehülfen oder Lehrlingen, die sich auf den Antritt, die Fortsetzung oder Aufhebung des Arbeits- oder Lehrverhältnisses, auf die gegenseitigen Leistungen während der Dauer desselben oder auf die Ertheilung oder den Inhalt der in den §§ 113 und 124 erwähnten Zeugnisse beziehen, sind, soweit für diese Angelegenheiten besondere Behörden bestehen, bei diesen zur Entscheidung zu bringen.
>
> Insoweit solche besondere Behörden nicht bestehen, erfolgt die Entscheidung durch die Gemeindebehörde.
>
> Gegen diese Entscheidung der Gemeindebehörde steht den Betheiligten eine Berufung auf den Rechtsweg binnen zehn Tagen präklusivischer Frist offen; die vorläufige Vollstreckung wird aber hierdurch nicht aufgehalten.

Durch Ortsstatut (§ 142) können an Stelle der gegenwärtig hierfür bestimmten Behörden Schiedsgerichte mit der Entscheidung betraut werden. Dieselben sind durch die Gemeindebehörde unter gleichmäßiger Zuziehung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu bilden.

Bei der Anwendung dieser Vorschrift ist zu bemerken, daß der VII. Titel der Gewerbeordnung durch das Gesetz vom 17. Juli 1878 (R.G.Bl. S. 199) abgeändert worden und daß seit dem 1. Januar 1879 als dem Tage des Inkrafttretens des neuen Gesetzes an die Stelle des früheren § 108 der jetzige § 120a der Novelle getreten ist. Indessen es kann dahin gestellt bleiben, ob für die Erledigung des vorliegenden Streites der Parteien § 108 oder § 120a maßgebend ist, da der § 120a der Novelle gleich dem früheren § 108 an dem Postulate der gewerblichen Vorinstanz festhält und den § 108 wesentlich reproduzirt. Dies ergiebt nicht bloß eine Vergleichung beider Bestimmungen, sondern auch die Entstehungsgeschichte der neuen Vorschrift.

Der dem Reichstage vorgelegte Entwurf eines Gesetzes betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung

Drucksachen des deutschen Reichstags — 3. Legislatur-Periode II. Session 1878 — Bd. II. Nr. 41 S. 1

enthielt keine dem § 108 entsprechende Bestimmung. Dagegen wurde dem Reichstage gleichzeitig der Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gewerbegerichte vorgelegt, welcher den § 108 ersetzen sollte.

Drucksachen a. a. O. S. 41.

Dieser letztere Entwurf scheiterte bei der dritten Berathung im Reichstage,

Stenograph. Ber. über die Verhandlungen des deutschen Reichstages — 3. Legisl.-Per. II. Session 1878 — Bd. II S. 1491,

und die Folge war nunmehr die Annahme des von der Gewerbeordnungs-Kommission vorgeschlagenen § 120a zur Gewerbeordnungs-Novelle.

Stenograph. Ber. S. 1492.

Derselbe lautet:

Streitigkeiten der selbständigen Gewerbetreibenden mit ihren Arbeitern, die auf den Antritt, die Fortsetzung oder Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, auf die gegenseitigen Leistungen aus demselben, auf die Ertheilung oder den Inhalt

der Arbeitsbücher oder Zeugnisse sich beziehen, sind, soweit für diese Angelegenheiten besondere Behörden bestehen, bei diesen zur Entscheidung zu bringen.

Insoweit solche besondere Behörden nicht bestehen, erfolgt die Entscheidung durch die Gemeindebehörde. Gegen diese Entscheidung steht die Berufung auf den Rechtsweg binnen zehn Tagen offen; die vorläufige Vollstreckung wird durch die Berufung nicht aufgehalten.

Durch Ortsstatut (§ 142) können an Stelle der gegenwärtig hierfür bestimmten Behörden Schiedsgerichte mit der Entscheidung betraut werden. Dieselben sind durch die Gemeindebehörde unter gleichzeitiger Zuziehung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu bilden.

Man wollte mit der Annahme dieser Bestimmung den status quo ante aufrecht erhalten. Die Aenderungen sind wesentlich nur redaktionelle, abgesehen davon, daß die Novelle im Titel VII. (vgl. die Ueberschrift zu diesem Titel) unter der Kollektivbezeichnung „gewerbliche Arbeiter,“ Gesellen, Gehülfen, Lehrlinge, Fabrikarbeiter begreift.

Dies vorausgeschickt ist aber die Entscheidung des Appellationsrichters sowohl nach § 108 der Gewerbeordnung als nach § 120a der Novelle gerechtfertigt.

Es handelt sich zunächst um eine Streitigkeit zwischen einem selbständigen Gewerbetreibenden und seinem Gehülfen.

Daß der Verklagte als selbständiger Gewerbetreibender anzusehen, wird von dem Revidenten nicht bezweifelt und ist auch nicht zu bestreiten, da der Verklagte Eigenthümer der Brauerei ist und nach den eigenen Erklärungen des Klägers nicht bloß für den technischen Betrieb des Brauereigewerbes, sondern auch für den Verkauf des in der Brauerei fabrizirten Biers die maßgebenden Anordnungen erließ, wie denn auch der mit dem Kläger selbst geschlossene Engagementsvertrag einen Akt der selbständigen Führung des Gewerbes durch den Verklagten darstellt.

Andererseits war der Kläger als Braumeister Gehülfe des Verklagten. Er war nicht „selbständiger Braumeister,“ vielmehr nach seinen eigenen Anführungen den Anordnungen des Verklagten unterworfen und seine Selbständigkeit erstreckte sich nur soweit, als ihm der technische Betrieb der Brauerei im Engagements-

vertrage übertragen war. Genau zutreffend in Bezug auf den Kläger ist eine in einer Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts (Bd. 9 S. 308 der gedruckten Entscheidungen dieses Gerichtshofes) enthaltene Ausführung, welche besagt:

„Dem Kläger sind nur bestimmte technische Funktionen, die eigentliche Fabrikation, übertragen; ihm ist durch den Anstellungsvertrag eine Vertretung des Verklagten nach außen nicht eingeräumt; er hat nur im Dienste des Verklagten, seines Prinzipals, die ihm durch den Vertrag zugewiesenen Funktionen zu leisten. Daß er den Namen „Braumeister" führt, — — ist unwesentlich. Es giebt im Gewerbebetriebe verschiedene Stufen von Gehülfen. Die Bezeichnung der den höheren Stufen angehörenden als „Meister" oder „Direktoren" entkleidet sie der Eigenschaft als Gewerbegehülfen des Prinzipals, in dessen Dienste sie zum Zwecke des Betriebes des Gewerbes desselben getreten sind, nicht."

Ist Kläger aber Gewerbegehülfe und findet deshalb § 108 der Gewerbeordnung und § 120a der Novelle auf ihn Anwendung, so steht auch nicht entgegen, daß das Vertragsverhältniß der Parteien gelöst ist. Völlig unzweifelhaft ist dies nach § 120a, da hiernach bei den besonderen Behörden alle Streitigkeiten der selbständigen Gewerbetreibenden mit ihren Arbeitern zur Entscheidung zu bringen sind, welche sich auf die gegenseitigen Leistungen aus dem Arbeitsverhältnisse beziehen. Aber auch § 108 der alten Fassung drückt nichts anderes aus. Vielmehr umfaßt der erste Absatz, indem er auch diejenigen Streitigkeiten, welche sich auf die gegenseitigen Leistungen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses beziehen, vor die besonderen Gerichte verweist, nach Wort und Sinn ganz deutlich eine Geltendmachung solcher Leistungen auch nach Lösung des Arbeitsverhältnisses, sofern sie aus demselben herrühren. Die Fassungsänderung der Novelle beruht denn auch ausgesprochenermaßen darauf, daß die Worte „während der Dauer desselben" zu mißverständlichen Auslegungen Veranlassung gegeben haben.

Stenograph. Ber. Bd. II. S. 1492.

Vgl. Entscheid. des R.O.H.G. Bd. 21 S. 201 ff.

Hiernach fehlt es zur Zeit an der gesetzlichen Voraussetzung für die Wirksamkeit der Gerichte. Da es sich ferner um die prozessualische

Geltendmachung eines Anspruchs handelt und deshalb dem vorigen Richter auch darin beizutreten ist, daß diese Frage, weil durch Prorogation der Litiganten, also auch durch vorbehaltlose Einlassung des Beklagten nicht zu beseitigen, von Amtswegen zu prüfen, Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 21 S. 20, so muß das den Kläger zur Zeit abweisende Vorerkenntniß bestätigt werden.

---

## Nr. 73.

**Das Vorrecht des § 77 der Konkursordnung (Liedlohn) bezieht sich auch auf Fabrikarbeiter, welche in einem festen Dienstverhältniß stehen.**

**Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 77.**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 18. November 1879 in Sachen Kreditbank Menden wider die Fabrikarbeiter Riggemeier u. Gen.)

Die Verklagten (Fabrikarbeiter) haben in einem Prioritätsstreit, welchen die Klägerin gegen sie erhoben hat, das Vorrecht des § 77 K.O. in Anspruch genommen. Der zweite Richter (das frühere preuß. Appell.-Gericht zu Hamm) erachtet den Anspruch der Verklagten für begründet. Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt Verletzung des § 77 der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 und motivirt dies damit, daß ein auf vierzehntägige Kündigung angenommener Fabrikarbeiter im Sinne jenes Paragraphen nicht in einem Dienstverhältnisse stehe, und daß Fabrikarbeiter in dieser Gesetzesstelle unter den bevorzugten Gläubigern nicht aufgeführt seien. Dieser Angriff erscheint verfehlt.

Wie der Appellationsrichter richtig aus den Motiven entnommen, hat das in den §§ 370—373 A.G.O. I. 50 den sogenannten Liedlöhnern gewährte Vorrecht der II. Klasse in dem § 77 der Konkurs-Ordnung, wenn auch modifizirt, seinen Ausdruck gefunden. Jenes Vorrecht bestand auch für das rückständig gebliebene Lohn und Kostgeld der Handwerksgesellen (A.L.R. II. 8 § 352), und doch war zur Auflösung eines derartigen Verhältnisses — Abschaffung oder Abgang des Gesellen — nur eine vierzehntägige Kündigung erforderlich (§§ 378, 385 ibid). Wenn der § 370 a. a. O. das Vorrecht denjenigen gewährte, welche zur Zeit des eröffneten Konkurses bei dem Gemeinschuldner gegen ein bestimmtes jährliches, monatliches oder

wöchentliches Lohn in Diensten stehen, und im weiteren Verfolg dieses Paragraphen als dergleichen Personen bezeichnet werden: Hausoffizianten, Domestiken und Gesinde, wenn § 372 a. a. O. zu den Bevorrechteten der zweiten Klasse die Wirthschaftsbedienten rechnete, deren Lohn nicht nach der Zeit ihres Dienstes, sondern nach gewissen Verhältnissen der geleisteten Arbeit bestimmt sei, insofern sie auf eine gewisse Zeit oder auf Kündigung gemiethet worden, so lag das Karakteristische des Privilegiums der zweiten Klasse allgemein in dem Dienstverhältnisse. Es war nicht erforderlich, daß die betreffende Person zu den Hausoffizianten oder dem Gesinde gerechnet werden konnte; das Privilegium bezog sich, wie die Praxis annahm (Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 9 S. 453 ff.), auch auf Bedienstete anderer Art, z. B. Handlungsgehülfen, Handwerksgesellen — ausdrücklich im A.L.R. II. 8 § 352 ausgesprochen — Wirthschaftsbeamte.

Unerheblich war also die Dauer der Dienstzeit, unerheblich, ob der Betreffende für eine bestimmte Zeit oder auf Kündigung angenommen war; unerheblich ist dies auch für Anwendung des § 77 der Konkurs-Ordnung, welcher unter gewissen Voraussetzungen den Forderungen der von dem Gemeinschuldner für seinen Haushalt oder für sein Gewerbe angenommenen, im Dienstverhältnisse zu demselben stehenden Personen das fragliche Vorrecht gewährt, und das hiernach von ihm ausgesprochene allgemeine Prinzip durch die Hinzufügung

„insbesondere der Erzieher, Hausoffizianten, Handlungsgehülfen, Handwerksgesellen und Dienstboten"

an einzelnen Beispielen erläutert. An und für sich ist also die Nichtaufführung der Fabrikarbeiter in jenem Paragraphen kein Grund, ihnen das Privilegium desselben zu versagen. Sie gehören nicht zu denjenigen Personen, welche ein Mal oder gelegentlich einzelne Dienste leisten. Nur diese würden jenes Vorrecht nicht in Anspruch nehmen können. — Vergleiche Motive zu §§ 54 und 19 des Entwurfs der Reichs-Konkurs-Ordnung.

Bleibt nun die Feststellung des Appellationsrichters, daß die Beklagten in einem festen Dienstverhältnisse zu der Frau H. standen, maßgebend, so kann der Appellationsrichter den § 77 der Konkurs-Ordnung durch seine Anwendung auf den vorliegenden Fall nicht verletzt haben.

Für die Rechtsstellung der beklagten Fabrikarbeiter zu ihrem Prinzipal ist die Gewerbe-Ordnung vom 21. Juni 1869 (§§ 105 und 107) maßgebend. Der Appellationsrichter war also nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, nach Maßgabe dieser Vorschriften zu prüfen, ob die im § 77 der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 gegebenen prinzipiellen Voraussetzungen auf die Beklagten zuträfen. Die Behauptung also, daß der Appellationsrichter jenen § 77 durch das spätere Gesetz, nämlich die Gewerbe-Ordnung vom 21. Juni 1869 ausgelegt habe, aber nicht hätte auslegen dürfen, ist abwegig.

---

## Nr. 74.

**Der Inhalt des Katasterauszuges ist für den Gegenstand der Subhastation nicht schlechthin maßgebend.**

Subh.-Ordnung vom 15. März 1869 §§ 6, 13, 36, 37, 43.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 26. November 1879 in Sachen Haase wider Urbaniak.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers wider das zweite Erkenntniß (früheres preuß. Appell.-Gericht zu Posen) ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Nach der Annahme des Appellationsrichters hat Kläger nicht nachgewiesen, daß ihm die Wiese, Kartenabschnitt 47 zu S., mit dem Gute A. unterm 30. Oktober 1874 in der Subhastation zugeschlagen worden sei. Dies ist dahin motivirt, daß für diese Frage nicht der Katasterauszug entscheidend sei, sondern das Subhastations-Patent, das Versteigerungs-Protokoll und der Zuschlagsbescheid, daß aber auch die behauptete Zugehörigkeit der Wiese zu jenen Grundstücken nicht erwiesen worden, vielmehr feststehe, daß erstere einen Theil des Grundstücks 35/36 bilde, welches im Subhastationspatente, dem gedachten Protokolle und dem Zuschlagsbescheide nicht mit aufgeführt sei, so daß auch die in zweiter Instanz vorgebrachten Behauptungen — über die Art, wie Beklagter den Besitz der Wiese erworben, und über die Mitverpfändung beider Grundstücke für dieselbe Schuld — unwesentlich seien, daß endlich in jedem Falle nicht angenommen werden könne, daß das Streitstück mit aufgeboten, und die Präklusion der bestehenden Realansprüche erfolgt sei.

Diese Entscheidung beruht hiernach auf Verneinung der Thatsachen, daß das Streitstück Pertinenz des subhastirten Gutes gewesen, und daß es ausdrücklich oder stillschweigend als Pertinenz Gegenstand der Subhastation, des Aufgebots und des Zuschlages an Kläger gewesen sei. Demgegenüber können die wegen Verletzung der §§ 6 Nr. 1, 13 Nr. 5 und 7, 36, 37, 43 der Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869 und A.L.R. I. 2 §§ 42, 44, I. 4 §§ 342, 344 erhobenen Angriffe keinen Erfolg haben.

Denn zuvörderst ist die in der Beschwerde ausgesprochene Meinung, daß der Inhalt des Katasterauszugs für den Gegenstand der Subhastation schlechthin maßgebend sei, und daß dies auch einem dritten Realberechtigten gegenüber, gleichviel ob derselbe von jenem Inhalte Kenntniß erlangt habe oder nicht, wegen des mit dem Patente verbundenen Aufgebots gelte, aus den bezogenen Stellen des Subhastationsgesetzes, welche dem Katasterauszuge nirgends eine solche Bedeutung beilegen, nicht zu begründen; sie ist vielmehr in der Rechtsprechung des früheren preuß. Ober-Tribunals wiederholt widerlegt worden — Entscheidungen Bd. 78 S. 296, Gruchot Beiträge Bd. 22 S. 740 —. Insbesondere läßt sich unmöglich mit einigem Grunde behaupten, daß, wenn der Katasterauszug mit dem Grundbuche und mit der im Patente enthaltenen grundbuchgemäßen Bezeichnung des ausgebotenen Grundstücks dergestalt in Widerspruch steht, daß er auch einem fremden Grundbuchblatte angehörige Bestandtheile mit aufführt, der Gegenstand der Subhastation und des Aufgebots der Realprätendenten durch den Auszug, und nicht durch den abweichenden Laut des Versteigerungsakts und des Zuschlagsbescheids bestimmt werde. Die bezügliche Festsetzung des Appellationsrichters, daß die Wiese nicht ausdrücklich und nicht unter Ausschließung des Beklagten mit zugeschlagen sei, wird also durch den Angriff nicht beseitigt.

(Die weiteren Ausführungen sind thatsächlicher Natur. Sie betreffen die behauptete Pertinenzqualität).

---

## Nr. 75.

**Unterschied zwischen klagbaren und beurkundeten Verträgen. Nur letztere sind stempelpflichtig.**

Allerh. Kab.-Ord. vom 16. Januar 1840. A.L.R. I. 5 §§ 116, 142.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 10. November 1879 in Sachen Steuerfiskus wider Berlin-Stettiner-Eisenbahn.)

Die vom Steuerfiskus gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appellationsgerichts zu Stettin eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Der Appellationsrichter hat Recht, wenn er davon ausgeht, daß im Sinne der preußischen Stempelgesetzgebung nur beurkundete Verträge stempelpflichtig sind, und daß daher Verträge, welche zwar klagbar, aber nicht schriftlich abgefaßt sind, der Stempelpflicht nicht unterliegen. Dieser Grundsatz ist in der Allerhöchsten preuß. Kabinets-Ordre vom 16. Januar 1840 (Gesetz-Sammlung S. 18) ausdrücklich ausgesprochen und in den Gründen des Erkenntnisses des preuß. Ober-Tribunals vom 20. Januar 1865 (Entscheidungen Bd. 54 S. 369) zur Anerkennung gekommen. Hoyer, preuß. Stempelgesetzgebung (2. Aufl.) S. 449 ff. Nach dieser Richtung hin ist also die von der Nichtigkeitsbeschwerde angerufene Allerhöchste Kabinets-Ordre vom 16. Januar 1840 nicht verletzt.

Die schriftliche Beurkundung kann in verschiedener Form sich vollziehen; sie kann erfolgen in einem, die Elemente des Vertrages enthaltenden, von beiden Kontrahenten unterschriebenen, einheitlichen Schriftstücke und ebenso in getrennten, je nur von einer der Parteien unterschriebenen, aber ausgetauschten Vertrags-Exemplaren. Plenar-Beschluß des preuß. Ober-Tribunals vom 2. September 1839 (Entscheidungen Bd. 5 S. 30), A.L.R. Th. I Tit. 5 § 116. In keiner dieser Fragen ist, nach der ungerügten Feststellung des Appellationsrichters, der vorliegende Vertrag beurkundet worden. Es kann somit auch der § 116 Th. I. Tit. 5 a. a. O. nicht unrichtig angewendet und das Rechtsgeschäft selbst nicht verkannt sein (Nr. 9 Instruktion vom 7. April 1839).

Die sukzessive Perfektion von Verträgen, der Vertragsschluß, kann, wie mündlich unter Anwesenden, so auch schriftlich unter Abwesenden erfolgen. Der § 142 a. a. O. gedenkt daher der Schließung von Verträgen auf dem Wege des Briefwechsels und legt der

geführten Korrespondenz die Wirkung eines schriftlichen Vertrages bei, wenn sie die Bedingungen und Voraussetzungen eines Vertrages enthält. Ein solcher durch Korrespondenz zu Stande gekommener Vertrag ist daher, gleich einem schriftlich geschlossenen, klagbar und hat nach § 143 a. a. O. mindestens die Wirkung einer schriftlichen Punktation. Allein Klagbarkeit und Stempelpflicht sind verschiedene rechtliche Begriffe. Die erstere wird begründet durch die Perfektion und Rechtsgiltigkeit der Vertragsobligation an sich; die letztere dagegen setzt noch die schriftliche Beurkundung des Vertragswillens voraus. Diese fehlt aber, wie der Appellationsrichter ganz richtig und in voller Uebereinstimmung mit der überzeugenden Ausführung in dem Erkenntnisse des preuß. Ober-Tribunals vom 20. Jan. 1865 (Entscheidungen Bd. 54 S. 369) annimmt, in dem Falle, wo, wie hier, die Elemente des Vertrages niedergelegt sind in äußerlich und räumlich in keiner Verbindung stehenden, je nur für sich und nicht in einheitlicher Zusammengehörigkeit von den Kontrahenten unterschriebenen Briefen; es somit zur Begründung der Stempelpflicht an einer erkennbaren einheitlichen Vertragsurkunde fehlt. Es ist somit auch der § 142 a. a. O. nicht unrichtig angewendet. Damit beseitigt sich aber auch der Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde aus dem Stempeltarife selbst.

---

## Nr. 76.

**Der Grundsatz, daß die einzelnen Rechtsgeschäfte, welche zwischen Miterben zum Zweck der Erbschaftstheilung abgeschlossen werden, einer Stempelabgabe nicht unterliegen, findet auch auf Theilungsverträge zwischen Lehnsnachfolgern und Agnaten Anwendung.**

Position „Erbrezesse" im Steuertarif zum G. v. 7. März 1822. Kab.-Ord. vom 21. Juni 1844. A.L.R. I. 2 §§ 34, 35, I. 9 § 350, I. 17 § 115 ff.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 10. November 1879 in Sachen Fiskus wider von Eickstedt.)

Die Kläger (von E.) sind als Agnaten des verstorbenen Lehnsbesitzers zu dem märkischen Lehngute Tantow sukzessionsberechtigt. Sie haben am 15. Januar 1876 ein als „Erbauseinandersetzungsvertrag" bezeichnetes Abkommen geschlossen, inhalts dessen der Mitlehnsfolger Lieutnant von E. zu Gunsten des Lehnsfolgers Major v. E. und dessen männlicher Deszendenz für den gegenwärtigen Anfall seinem Lehnrecht entsagt, für den demnächst an ihn eröffneten

Anfall der Wittwe resp. den Töchtern des Majors v. E. eine jährliche Rente von 3600 M. aussetzt und für die erklärte Abtretung seines Lehnsrechts durch eine Kapitalsumme von 60,000 M. und durch eine jährliche Rente abgefunden wird. Zu der Notariatsverhandlung ist nur der tarifmäßige Rezeßstempel verwendet. Der Steuerfiskus findet dagegen in der Verhandlung eine ganze Reihe selbständiger steuerpflichtiger Rechtsgeschäfte, für welche er einen Stempel von 877,50 M. zur Nachbringung stellt.

Die Kläger haben das Recht des Fiskus bestritten und negatorisch geklagt. Die beiden ersten Instanzen halten den Anspruch der Kläger für begründet. Die vom Fiskus gegen das Urtheil des früheren preuß. Appellationsgerichts zu Stettin eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter nimmt an, daß die Verhandlung vom 13. Januar 1876, enthaltend die Auseinandersetzung der Lehnsfolger über das märkische Lehngut Tantow, einen Erbrezeß im Sinne des preußischen Stempelgesetzes vom 7. März 1822 und des demselben beigefügten Tarifes bilde, und meint, daß alle in jener Verhandlung enthaltenen Stipulationen, also auch die über die Abfindung der Lehnsfolger getroffenen, einen einheitlichen, den Begriff eines Erbrezesses erfüllenden Charakter tragen. Der Appellationsrichter wendet daher für die Versteuerung jener Verhandlung die Position des Stempeltarifes, „Erbrezesse oder Erbtheilungsrezesse" an und erachtet die Vorschrift Nr. 1 des Stempeltarifes, wonach stempelpflichtige Geschäfte auch in ihrer urkundlichen Verbindung zur Versteuerung gezogen werden müssen, für ausgeschlossen.

Diese Rechtsauffassung greift die Nichtigkeitsbeschwerde aus verschiedenen Gesichtspunkten als irrthümlich an, — jedoch mit Unrecht.

Bei aller Verschiedenheit des Rechtsgrundes für die Sukzession stehen doch — und das giebt der Verklagte selbst zu — Lehnsanfall und Erbanfall — nach Veranlassung, Wirkung und Folge — überhaupt und so auch in steuerrechtlichem Sinne wesentlich auf gleicher Linie, und das Stempelsteuergesetz selbst führt in dem Tarife unter der Position „Erbschaften" als gleichstehend und gleichbedeutend auch „Lehns- und Fideikommißanfälle" auf. Als wirkliche „Erben"

hat der Appellationsrichter die Lehnsberufenen ebensowenig aufgefaßt, als er den Lehnsnachlaß als „Erbschaft" bezeichnet hat.

Das staatshoheitliche Besteuerungsrecht hat nur objektiv bestimmte, äußerlich erkennbar oder urkundlich gemachte Geschäfte zur Besteuerung gezogen, und die Steuerpflicht tritt in Wirksamkeit durch die thatsächliche Existenz des besteuerten Geschäftes. Nur eine Konsequenz dieses steuerrechtlichen Grundsatzes ist es daher, wenn die Nr. 1 des Stempeltarifes die Steuerpflicht eines Aktes auch in dessen geschäftlicher und urkundlicher Verbindung mit anderen Operationen aufrecht erhält. Erkenntniß des preußischen Ober-Tribunals von 27. Oktober 1862, (Entscheidungen Bd. 47 S. 445), Hoyer, die preußische Stempelgesetzgebung (2. Aufl.) S. 294. Nun vollzieht sich aber durch die Erbauseinandersetzung und durch die ihr gleichstehende Lehnsauseinandersetzung — nach Veranlassung, Zweck und Bestimmung — ein spezifisch eigenartiges Rechtsgeschäft. Denn durch den Erb- und Lehnsanfall entstehet im Umfange des angefallenen Vermögens für die berufenen Nachfolger eine Gemeinschaft, eine Universitas, beeinflußt durch die Rechte der Theilnahme und durch den Gegenstand, den Inhalt der Gemeinschaft, Allgemeines preußisches Landrecht I. 2 §§ 34, 35; I. 9 § 350; I. 17 §§ 115 ff., und diese Gemeinschaft wird gelöst und aufgehoben durch den Akt der Theilung, durch die Auseinandersetzung der Theilnehmer unter sich und mit den Gläubigern der Gemeinschaft. A.L.R. I. 17 §§ 75, 123 ff., I. 18 §§ 478 ff., Zettwach Pommersches Lehnrecht § 209. Diese vertragsmäßige Operation wird herbeigeführt durch eine ganze Reihe unbestimmter, von dem Inhalte der Gemeinschaft und der Theilungsart abhängiger Faktoren, für welche insbesondere das vertragliche Element der Vergütung, der Abfindung und Ausgleichung der Theilnehmer nur das Valuten- und Kompensationsgeschäft bildet, daher in einheitlicher Konstruktion zu dem Rechtsgeschäfte der Theilung selbst gehört. Für diese Rechtsauffassung spricht auch der Inhalt der preußischen Allerhöchsten Kabinetsordre vom 21. Juni 1844 (Gesetzsammlung S. 253), wonach Kauf und Tauschverhandlungen, welche zwischen den Theilnehmern an einer Erbschaft zum Zwecke der Theilung der zu letzterer gehörigen Gegenstände abgeschlossen werden, einer Stempelabgabe nicht unterliegen.

Der Appellationsrichter hat daher nicht gefehlt, wenn er in der

angedeuteten Richtung hin den Theilungsvertrag über das Lehngut Tantow vom 13. Januar 1876 nicht als eine Mehrheit von steuerpflichtigen Geschäften, sondern — in richtiger Würdigung — als unum negotium aufgefaßt hat, und einflußlos ist es für diese rechtliche Qualifikation, ob die Theilung sämmtliche angefallene Lehngüter oder nur eins derselben umfaßt, da die Auseinandersetzung in Betreff von Lehngütern — nach Lehnsfolge und Theilungsart — spezialisirt wird. Hoyer a. a. O. S. 311.

Der Appellationsrichter hat somit auch nicht — wie die Nichtigkeitsbeschwerde rügt — die vorerwähnten gesetzlichen Vorschriften und den aufgestellten Rechtssatz verletzt: „daß sich die Stempelpflichtigkeit einer Urkunde lediglich nach dem äußerlich wahrnehmbaren Inhalte derselben, nicht nach außerhalb desselben liegenden Momenten bestimmt." Er hat auch nach Nr. 9 der Instruktion vom 7. April 1839 nicht in der rechtlichen Karakterisirung des Geschäftes gefehlt, worüber die von der Nichtigkeitsbeschwerde angerufenen Vorschriften der preuß. Allgem. Gerichtsordnung I. 46 §§ 2, 8, 12, 14, 25 nicht einmal Aufschluß geben. Da aber, wie gezeigt, der Angriff aus der Nr. 1 des Tarifes zum preußischen Stempelgesetze fehl geht, so ist auch die Rüge aus der Position „Leibrentenverträge und Schuldverschreibungen" daselbst hinfällig und ohne Bedeutung.

---

## Nr. 77.

**Ein Erbschaftskauf, welchen Miterben zum Zweck der Auseinandersetzung abschließen, unterliegt nicht dem Kaufstempel.**

Kab.-Ord. vom 21. Juni 1844. Stempelgesetz vom 7. März 1822 § 5 lit. f.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 4. Dezember 1879 in Sachen preuß. Steuerfiskus wider von Taczanowski.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten gegen das Erkenntniß des zweiten Richters (früheres preuß. Appell.-Gericht zu Posen) ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Der zweite Richter hat den seitens zweier von mehreren Miterben notariell geschlossenen Erbschaftskauf als zum Zweck der Auseinandersetzung geschlossen in Gemäßheit der Kabinets-Ordre vom

21. Juni 1844 für dem Kaufstempel nicht unterworfen erklärt. Der ihm deshalb in der Nichtigkeitsbeschwerde gemachte Vorwurf, daß er unter Verkennung des zu beurtheilenden Rechtsgeschäftes — nämlich des Erbschafts-Kaufvertrages — die Kabinets-Ordre vom 21. Juni 1844 durch unrichtige und den § 5 lit. f. des Stempelgesetzes vom 7. März 1822 sowie die Position „Kaufverträge über inländische Grundstücke" im Tarife desselben verletzt habe, ist nicht begründet.

Es steht fest, daß der Erbschaftskauf, um dessen Besteuerung es sich handelt, zwischen Miterben zum Zweck der Erbesauseinandersetzung vorgenommen worden ist. Dadurch ist einerseits die verkaufende Miterbin bezüglich ihrer Erbansprüche an den väterlichen Nachlaß abgefunden, andererseits der kaufende Miterbe zu seiner Deckung wegen des gezahlten Preises auf die betreffende Nachlaßmasse angewiesen worden. Deshalb findet die Kabinets-Ordre vom 21. Juni 1844 darauf Anwendung, wonach Kauf- und Tauschverhandlungen, welche zwischen den Theilnehmern an einer Erbschaft zum Zwecke der Theilung der zu letzterer gehörigen Gegenstände abgeschlossen werden, einer Stempelabgabe fortan nicht mehr unterliegen sollen. Im Sinne dieser Bestimmung macht es keinen Unterschied, ob ein Miterbe erst durch einen Miterben abgefunden wird und letzterer dann sich für die Abfindung aus der Theilungsmasse bezahlt macht, oder ob der eine Miterbe bei der Nachlaßtheilung durch Kauf oder Tausch zum Zwecke derselben Nachlaßgegenstände übernimmt, um den anderen dafür mit dessen Erbanspruche abzufinden. Es geht nur im ersteren Falle die Abfindung der Vergütigung und im letzteren die Vergütigung der Abfindung voraus. Hiermit übereinstimmend ist in der Entscheidung des vormaligen Königlich preußischen Ober-Tribunals vom 4. Januar 1867 (Entscheidungen Bd. 57 S. 242) die Kabinets-Ordre vom 21. Juni 1844 auch dann, wenn einer der Miterben zum Zweck der Theilung die Antheile der übrigen Miterben durch Erbschaftskauf erworben hat, für anwendbar erklärt worden. Daß aber in der gedachten Kabinets-Ordre unter der Theilung der Erbschaft oder der dazu gehörigen Gegenstände nichts anderes als die Auseinandersetzung der Erben überhaupt verstanden wird, ergiebt deren Ueberschrift: „betreffend die Aufhebung des Werthstempels für die Uebernahme von Nachlaßgegenständen bei Auseinandersetzungen zwischen mehreren Erben" und die Vergleichung

mit § 10 des Stempelgesetzes vom 7. März 1822, worin von „Kauf- und Tauschverhandlungen zwischen Theilnehmern bei einer Erbschaft über dazu gehörige Gegenstände und während der Auseinandersetzung darüber" die Rede ist.

---

## Nr. 78.

**Kompetenz der Generalkommission zur Entscheidung über die Nutzungen von Grundstücken, bezüglich welcher das Separationsverfahren eingeleitet ist.**

**Verordnung vom 20. Juni 1817 § 9. Verordnung vom 30. Juni 1834 §§ 7, 9, 36.**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 15. Dezember 1879 in Sachen der Dorfgemeinde Rahmel (Klägerin) wider Kühl (Verklagten).

Der Verklagte ist durch rechtskräftiges Erkenntniß vom 31. Mai, 19. November 1877 verurtheilt, das Eigenthum der Klägerin an zwei Landflächen anzuerkennen. Ein Antrag der Klägerin auf Vollzug dieses Erkenntnisses gegen den im Besitz der Flächen befindlichen Verklagten ist zurückgewiesen, weil der Tenor die Verpflichtung zur Herausgabe nicht ausspricht. Klägerin verlangt deshalb jetzt, daß Verklagter zur Herausgabe verurtheilt werde. Verklagter hat den Einwand der Inkompetenz des Gerichts erhoben, weil vor Anstellung der Klage von ihm der Antrag auf Separation des Dorfangers, zu welchem die beiden Flächen gehören, gestellt, und das Verfahren von der Generalkommission eingeleitet ist.

Der erste Richter erkannte nach dem Antrage, weil über die Eigenthumsfrage vor Einleitung der Separation rechtskräftig entschieden sei. Der zweite Richter — das frühere preuß. Appell.-Gericht zu Marienwerder — erachtete den Rechtsweg für ausgeschlossen.

Die von der Klägerin eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Die Implorantin macht dem Appellationsrichter, welcher sich für unzuständig erklärt und dahin erkannt hat, daß die Sache an die Königliche Regierung zu Danzig zur Verhandlung und Entscheidung zu verweisen sei, den Vorwurf, daß derselbe den § 1 der Einleitung zur A.G.O., den § 9 der Verordn. vom 20. Juni 1817, die §§ 7 und 36 der Verordn. vom 30. Juni 1834 und, unter Verstoß gegen die Wirkungen rechtskräftiger Entscheidungen, die §§ 65 und 66 der

Einleitung zur A.G.O. verletzt habe, indem sie hervorhebt, daß es sich hier nicht um Streitigkeiten im Sinne der §§ 7 und 36 der Verordn. vom 30. Juni 1834, insbesondere nicht um bloßen Besitz, um Verwaltung und fernere Nutzung, sondern um die Herausgabe von Landflächen und deren Nutzungen handle, zu welcher der Verklagte bereits auf Grund des Erkenntnisses vom 31. Mai 1877 verpflichtet sei, und daß es bei dieser rechtskräftigen Entscheidung trotz der angeblich eingeleiteten Separation bewenden müsse. Die Angriffe der Implorantin erscheinen verfehlt. Der Appellationsrichter hat angenommen, daß der Verklagte durch das Erkenntniß vom 31. Mai 1877 rechtskräftig verurtheilt ist, anzuerkennen, daß die beiden dort näher bezeichneten in seinem Besitz befindlichen Landflächen der Klägerin als Gemeindeland gehören, daß beide Flächen Theile des Dorfangers zu R. sind, und daß in Folge der Provokation des Verklagten vom 16. August 1878 die Separation des Dorfangers zu R. eingeleitet worden ist. Hiernach sind von dem Appellationsrichter die Vorschriften des § 9 der Verordnung vom 20. Juni 1817 und der §§ 7 und 36 der Verordn. vom 30. Juni 1834 richtig zur Anwendung gebracht und ebenso wenig wie der § 1 der Einleitung zur A.G.O. verletzt, denn der § 7 der Verordn. vom 30. Juni 1834 bestimmt, daß in den Angelegenheiten, welche bei den Generalkommissionen anhängig sind, dieselben nicht bloß den Hauptgegenstand der Auseinandersetzung, sondern auch alle anderweitigen Rechtsverhältnisse, welche bei vorschriftsmäßiger Ausführung der Auseinandersetzung in ihrer bisherigen Lage nicht verbleiben können, zu reguliren, die hierbei vorkommenden Streitigkeiten zu entscheiden und überhaupt alle obrigkeitlichen Festsetzungen zu erlassen haben, deren es bedarf, um die Auseinandersetzung zur Ausführung zu bringen und die Interessenten zu einem völlig geordneten Zustande zurückzuführen, und schon im § 3 Nr. 3 der Verordn. vom 20. Juni 1817 ist dem Geschäftskreise der Generalkommissionen die Regulirung aller anderweitigen Rechtsverhältnisse zugewiesen, welche bei vorschriftsmäßiger Ausführung jener Auseinandersetzungen (Nr. 1 und 2) in ihrer bisherigen Lage nicht verbleiben können. Dazu gehört nach § 36 der Verordn. vom 30. Juni 1834 auch die Regulirung des Besitzstandes und die Entscheidung der über die bisherigen Nutzungen entstandenen Streitigkeiten. Der zur Anwendung der vorstehend gedachten Grundsätze erforderliche Thatbestand liegt

nun hier nach den Feststellungen des Appellationsrichters vor, denn es ist die Separation des Dorfangers zu R. bei der Königlich preußischen Regierung zu Danzig, als der zuständigen Auseinandersetzungsbehörde, in Antrag gebracht, und von dieser das Verfahren eingeleitet. Ueber die zwischen den Parteien in Betreff der fraglichen Flächen noch schwebenden Differenzen, insbesondere darüber, in welchem Umfange und bis zu welchem Zeitpunkte der Verklagte von den bisher in seinem Besitz befindlich gewesenen beiden Stücken des Dorfangers die Nutzungen herauszugeben resp. zu vergüten haben würde, steht die Entscheidung, nachdem das Auseinandersetzungsverfahren bezüglich des Dorfangers zur Einleitung gekommen, nach § 9 der Verordn. vom 20. Juni 1817 und §§ 7 und 36 der Verordn. vom 30. Juni 1834 der Auseinandersetzungsbehörde zu. Wenn die Implorantin besonders hervorhebt, daß es sich hier nicht um Streitigkeiten im Sinne der zuletzt allegirten Bestimmungen der Verordn. vom 30. Juni 1834, sondern um Herausgabe von Landflächen und deren Nutzungen handle, zu welcher der Verklagte bereits auf Grund des rechtskräftigen Erkenntnisses vom 31. Mai 1877 verpflichtet sei, so ist darauf hinzuweisen, daß auch die Entscheidung rücksichtlich dieser Punkte im Hinblick auf die in Aussicht stehende definitive Auseinandersetzung nur die Natur des Provisoriums haben kann.

Endlich ist auch der Vorwurf der Verletzung der §§ 65, 66 der Einleitung zur A.G.O. in Bezug auf die Wirkung rechtskräftiger Entscheidungen nicht zutreffend. In dem Vorprozesse ist, wie die Implorantin selbst in der Klage vorgetragen hat, lediglich über die Eigenthumsfrage rücksichtlich der beiden streitigen Flächen entschieden, während in dem vorliegenden Prozesse auf Herausgabe der beiden Flächen an die Klägerin als Eigenthümerin und auf Vergütung der davon seit dem 5. April 1876 bis zur Uebergabe gezogenen resp. zu ziehen gewesenen Nutzungen geklagt ist. Beide Prozesse haben daher etwas wesentlich Verschiedenes zum Gegenstande und der Appellationsrichter hat damit, daß er die Gerichte für unzuständig erachtete und erklärte, daß, nachdem das Auseinandersetzungsverfahren bezüglich des Dorfangers zu R. eingeleitet worden, auch die für dieses Verfahren geordneten Spruchkollegien über die hier in Rede stehenden Streitpunkte gleichfalls mitzuerkennen hätten, nicht den Ausspruch gethan, daß die Letzteren nunmehr nochmals über das

Eigenthum an den Streitstücken zu befinden haben werden, und steht der § 9 der Verordn. vom 20. Juni 1817 dem Verfahren vor der Auseinandersetzungsbehörde eben so wenig entgegen, als bisher das Gericht durch das Erkenntniß im Vorprozesse gehindert war, über die Klage zu erkennen. Jedenfalls würde auch über diesen Punkt jetzt die Auseinandersetzungsbehörde allein zu entscheiden haben.

---

## Nr. 79.

**Der dingliche Gerichtsstand ist nach der Allg. Gerichts-Ordnung ein ausschließlicher.**

A.G.O. I. 2 §§ 111, 115, I. 19 § 17.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 4. Dezember 1879 in Sachen Königsberg (Klägerin) wider Jakobi (Verklagten).

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin gegen das Erkenntniß des früheren preußischen Kammergerichts ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter ist bei seiner Entscheidung von der Annahme ausgegangen, daß es sich in dem Prozesse lediglich um die Verfolgung eines seiner Natur nach dinglichen Anspruchs auf Immobilien handle, da die Klage, welche als actio negatoria aufgefaßt werden müsse, den dinglichen Karakter dadurch nicht verloren habe, daß dieselbe auch zugleich auf Beseitigung der von dem Verklagten hergestellten Anlage gerichtet sei, und daß daher die Klage nur im dinglichen Gerichtsstande — welcher hier unstreitig das Gericht in Bromberg ist — anzubringen und zu verhandeln gewesen wäre, und er hat deshalb die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen.

Die Beschwerde, daß der Appellationsrichter dadurch, daß er das frühere Stadtgericht zu Berlin, bei welchem der Prozeß ohne Widerspruch der Kläger in erster Instanz zur Verhandlung gekommen ist, für unzuständig erachtete, die §§ 111 und 115 A.G.O. I. 2, sowie I. 19 § 17 verletzt habe, ist unbegründet. Der § 111 a. a. O., welcher dahin lautet:

„In dem Gerichtsstande der Sache können nur Klagen, bei welchen ein dingliches Recht auf die Sache zum Grunde liegt, nicht aber bloß persönliche angestellt werden,"

hat zur Voraussetzung, daß der streitige Anspruch eine unbewegliche Sache zum Gegenstande habe und daß das geltend gemachte Recht ein dingliches sei (vgl. Ober-Tribunal, III. Senat, vom 19. März 1858 — Entscheidungen Bd. 38 S. 341). Dies trifft hier aber auch augenscheinlich zu, denn der Klageantrag in seinem ersten Theile geht dahin, daß der Verklagte für nicht befugt erklärt werden soll, auf die gemeinschaftliche Mauer eine höhere Mauer aufzurichten, und dieser Antrag läßt sich nur aus dem Miteigenthume der Kläger an der gemeinschaftlichen Mauer, als an einem Theile des Grundstücks Bromberg, Friedrichsplatz Nr. 154, sowie aus der Verletzung dieses Miteigenthums der Kläger durch den Verklagten herleiten. Der Umstand, daß der Verklagte nach dem Klageverlangen auch noch zu einer Handlung angehalten werden soll, nämlich zur Beseitigung der Erhöhung und Wiederherstellung der schrägen Oberkante der gemeinsamen Mauer, macht den Klageanspruch nicht auch zugleich zu einem persönlichen, so daß dieserhalb etwa A.G.O. I. 2 § 115 zur Anwendung zu bringen wäre, da dieser Anspruch nur auf Beseitigung der verletzenden Handlungen gerichtet und als eine Folge des ersten Theiles des Klageantrages zu erachten ist. Muß aber von dieser Voraussetzung ausgegangen werden, so kann es einem Bedenken nicht unterliegen, daß die Bestimmung A.G.O. I. 2 § 115 rücksichtlich der Wahl zwischen dem persönlichen und dem dinglichen Gerichtsstande auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, vielmehr der dingliche Gerichtsstand aus § 111 ibid. hier Platz greift, dieser aber als ein ausschließlicher anzusehen ist. Der im gemeinen Recht bestandene Zweifel, ob neben dem dinglichen Gerichtsstande eine Konkurrenz des persönlichen Richters stattfinde, ist durch § 14 Tit. 2 Th. 4 des corp. jur. Frideric. prinzipiell im verneinenden Sinne beseitigt worden, indem dort ausdrücklich ausgesprochen ist, daß eine solche Konkurrenz in Ansehung unbeweglicher Sachen der Regel nach unzulässig sei. Dieses Prinzip ist in der Allg. Gerichtsordnung nicht wieder verlassen. Aus dem in § 111 gebrauchten Ausdrucke „können" für sich allein ist nicht zu folgern, daß dem Kläger die Wahl zwischen dem dinglichen und persönlichen Gerichtsstande hat zugestanden werden sollen. Das Gegentheil geht schon aus den unmittelbar darauf folgenden §§ 112, 113 hervor, und es ergiebt sich dies ferner auch daraus, daß es in § 115 für nothwendig gehalten ist, dem Kläger für den dort vorgesehenen Fall das Wahlrecht ausdrücklich vorzube-

halten, was keinen Sinn hätte, wenn dem Kläger auch schon bei rein dinglichen Klagen die Wahl hätte zustehen sollen. Jeder Zweifel in dieser Beziehung erledigt sich indeß durch die Bestimmungen A.G.O. I. 19 §§ 16 und 17 Nr. 1. Während in § 16 die Wirkung der eigentlichen Rekonvention dahin angegeben wird, daß der Kläger der Regel nach bei eben dem Gerichte, wo er geklagt hat, als Widerverklagter Recht zu nehmen verbunden sein soll, wird in § 17 Nr. 1 die Prorogation des Fori ausdrücklich ausgeschlossen, „wenn die Rekonvention bloß auf Vindikation des Eigenthums eines unbeweglichen Grundstücks oder auf Ausmittelung gewisser, dem Beklagten an einem solchen Grundstücke zustehender Pfand- oder Servitutsrechte gerichtet ist," indem alsdann der Widerkläger diese seine Gegenforderung bei demjenigen Gerichte, unter welchem die Sache gelegen (forum rei sitae), auszuführen schuldig sein soll. Diese Vorschrift konnte nur dann einen Platz in der Allg. Gerichtsordnung finden, wenn darin das Prinzip des corp. jur. Frider. aufrecht erhalten wurde. In demselben Sinne ist bereits in dem Erkenntnisse des Königl. preuß. Ober-Tribunals (III. Senat) vom 7. März 1859 (Entscheidungen Bd. 40 S. 277) entschieden. (Vgl. auch Präjudiz desselben Gerichtshofes Nr. 1579 vom 7. Juni 1845 — Präjudizien-Sammlung S. 230 — und Erkenntniß vom 21. November 1856 — Striethorst Archiv Bd. 23 S. 70).

---

## Nr. 80.

**1. Durch die A.G.O. I. 3. § 30 vorgeschriebene Prozeßvollmacht wird der Prozeßmandatar nicht ermächtigt, eine Ladung seines Mandanten zum Schwurtermine in Empfang zu nehmen.**

A.G.O. I. 3 § 31, I. 10 § 375.

**2. Der Prinzipal ist nur gegen Rechnungslegung zur Zahlung des Salairs an den Verwalter verpflichtet.**

A.L.R. I. 5 § 271, I. 14 §§ 135 ff., 160 ff.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 8. Dezember 1879 in Sachen Mandel wider Wendler.)

Der Kläger und Implorat W. ist Wirthschaftsführer des Verklagten M. gewesen. Er behauptet, daß er ohne Grund entlassen sei, und klagt sein Gehalt ein. Der Verklagte macht geltend, daß der Kläger ihm noch nicht Rechnung gelegt habe, und hält deshalb das Gehalt zurück. Der Appell.-Richter (das frühere preuß. Appell.-

Gericht zu Frankfurt a. O.) hielt diese Auslassung des Verklagten für einen Retentionseinwand und verwarf denselben unter Hinweis auf A.L.R. I. 20 §§ 539, 552, weil er in Ermangelung jeder Angabe darüber, welches Interesse der Verklagte an der Rechnungslegung habe, im gegenwärtigen Prozesse nicht berücksichtigt werden könne. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten ist theils hiergegen gerichtet, theils rügt sie, daß der Appellationsrichter die in I. Instanz angenommene Eidesverweigerung des Klägers deshalb nicht gebilligt hat, weil die Vorladung zum Schwurtermine nicht dem Kläger selbst, sondern seinem Mandatar zugestellt war. Letztere Beschwerde ist verworfen, erstere für begründet erachtet aus folgenden

Gründen:

Der dem Appellationsrichter gemachte Vorwurf der Verletzung der A.G.O. I. 3 § 31 und I. 10 § 375 ist ein unbegründeter. Ein Sachwalter ist zur Vertretung seines Machtgebers nur insoweit berechtigt, als ihn die ertheilte Vollmacht zur Vertretung seines Machtgebers ermächtigt. Soweit es sich um Leistung eines Eides handelt, wird — abgesehen von dem nicht vorliegenden Falle ertheilter Spezialvollmacht — der Sachwalter durch eine gewöhnliche Prozeßvollmacht nicht berechtigt, die Partei zu vertreten. Ist daher eine Partei behufs Leistung eines Eides nicht persönlich, sondern zu Händen ihres Sachwalters vorgeladen, so kann beim Ausbleiben derselben im Termine zur Eidesleistung nicht angenommen werden, sie wolle den Eid nicht leisten, wie dies auch von dem preuß. Ober-Tribunal in dem Präjudiz Nr. 2318 und dem Urtheil vom 14. April 1859 (Striethorst Archiv Bd. 33 S. 162) ausgesprochen ist.

Begründet ist dagegen der dem Appellationsrichter gemachte Vorwurf, die §§ 539, 552 A.L.R. I. 20 durch unrichtige und den § 271 I. 5 durch Nichtanwendung verletzt zu haben. Wenn ein Prinzipal seinem Verwalter die Zahlung des bedungenen Lohnes verweigert, weil der Verwalter der ihm obliegenden Verpflichtung, Rechnung zu legen und die mit der Verwaltung in Verbindung stehenden Bücher auszuantworten (I. 14 §§ 135 ff., 160 ibid.), nicht nachkommt, so übt der Prinzipal nicht ein Retentionsrecht aus, sondern er wendet ein, er sei nicht verpflichtet zu erfüllen, weil der Verwalter seinerseits nicht erfüllt habe. Für einen solchen Fall sind also nicht die §§ 539, 552 cit. anwendbar, sondern es muß § 271 cit. zur Anwendung kommen.

---

## Nr. 81.

**Unterschied zwischen Geständniß und Anerkenntniß. Letzteres bedarf bei Objekten über 150 Mark der schriftlichen Form.**

A.G.O. I. 10 § 88b. A.L.R. I. 5 §§ 131—133.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 8. Dezember 1879 in Sachen Müller (Kläger) wider Thienemann (Verklagten).

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers gegen das Erkenntniß des frühern preußischen Appell.-Gerichts zu Naumburg ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Kläger nimmt das Eigenthum eines Streifen Landes, der zwischen einem Wege und einer angeblich früher bestandenen Furche gelegen ist, mit der Behauptung in Anspruch, daß der Weg innerhalb der Grenze seines Grundstücks liege, während Verklagter behauptet, daß sein Grundstück bis an den Weg reiche. In zweiter Instanz hat Kläger die Vernehmung eines Zeugen darüber beantragt, daß der Verklagte im Jahre 1873 bei dem Versuch einer gütlichen Einigung über die Grenze das Eigenthum des Klägers an dem Wege ausdrücklich anerkannt habe. Die Vernehmung dieses Zeugen hat der Appellationsrichter abgelehnt, weil zwar nach A.G.O. I. 10 § 88b außergerichtliche Geständnisse allemal einen Beweis gegen den Gestehenden ausmachen sollen, ein Anerkenntniß aber ein anderes sei als ein Geständniß. Die angebliche Erklärung des Verklagten würde nicht bloß thatsächlichen Karakters sein, sondern, weil auf das Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses gerichtet — eine Willenserklärung enthalten, welche bei der Natur und dem Werthe des streitigen Gegenstandes der schriftlichen Form nicht entbehren könnte. An dieser fehle es, das angebliche Anerkenntniß sei also ohne alle rechtliche Bedeutung.

Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt Verletzung des § 88b a. a. O. und des A.L.R. I. 5 §§ 131 und 133, weil der vom Appellationsrichter gemachte Unterschied zwischen Anerkenntniß und Geständniß im § 88b a. a. O. nicht begründet sei, das Anerkenntniß hier nur als Beweismittel geltend gemacht werde und seine Beweiskraft von der Schriftlichkeit nicht bedingt sei, übrigens aber auch der Appellationsrichter nicht festgestellt habe, daß das streitige Land mehr als 50 Thaler werth sei.

Die dem Appellationsrichter gemachten Vorwürfe sind unbe-

gründet. Es ist vollkommen richtig, daß ein außergerichtliches Geständniß zu seiner Beweiskraft der schriftlichen Form nicht bedarf. Dies behauptet aber auch der Appellationsrichter nicht. Er macht vielmehr einen Unterschied zwischen dem Geständniß von Thatsachen als bloßem Beweismittel und einem Anerkenntniß des Bestehens von Rechtsverhältnissen als einem rechtserzeugenden Rechtsgeschäft. Er hat angenommen, daß das Anerkenntniß des Eigenthums des Klägers an dem Wege sich nicht als Geständniß von Thatsachen karakterisire, weil es nicht bloß thatsächlichen Karakters, sondern auf das Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses gerichtet sei, also eine Willenserklärung enthalte. Er zieht es daher nicht als Beweismittel im Sinne des § 88b a. a. O., sondern als rechtserzeugende Willenserklärung in Betracht, und als solche erachtet er es deshalb mit Recht für unverbindlich, weil es bei dem Werthe des streitigen Gegenstandes, den der Apellationsrichter hiermit offenbar als über 50 Thlr. betragend festgestellt hat, der schriftlichen Form bedurft hätte.

---

## Nr. 82.

**Das von einer verklagten Ehefrau unter Beitritt des zugleich vom Ehemanne bevollmächtigten Anwalts abgegebene Anerkenntniß genügt zum Erlaß des Agnitionsbescheides.**

A.L.R. II. 1 §§ 188, 189.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 2. Dezember 1879 in Sachen Wiese wider Horst.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der verklagten Ehefrau W. gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Stadt- und Kreisgerichts zu Magdeburg ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Der Vorderrichter hält ein giltiges und ausreichendes Anerkenntniß des eingeklagten Anspruchs um deshalb für vorliegend, weil sich in dem Protokoll über die mündliche Schlußverhandlung der vorgelesene und genehmigte Vermerk findet:

> Frau W. und Rechtsanwalt M. erkannten die klägerische Forderung an und unterwerfen sich dem Klageantrage.

Die Nichtigkeitsbeschwerde bemängelt dasselbe, weil es die Beklagte nicht im Beistande ihres Ehemannes abgegeben habe (A.L.R. II. 1 § 189), möge man in jenem Vermerk ein Anerkenntniß im Sinne

des § 65 A.G.O. I. 25 oder ein Zugeständniß von Thatsachen im Sinne der §§ 63—65 das. und §§ 26, 27a A.G.O. I. 10 finden. Ersteres läge überdies Mangels der im § 65 a. a. O. vorgeschriebenen Belehrung nicht vor.

Ein Zugeständniß von Thatsachen enthält jener Vermerk überhaupt nicht; aber auch die letztgedachte Vorschrift, allerdings einen materiellen Rechtsgrundsatz im Sinne des § 4 der Verordnung vom 14. Dezember 1833 enthaltend, ist nicht verletzt. Denn die Beklagte hat das Anerkenntniß in Gegenwart und unter Beitritt ihres Prozeßmandatars, nämlich des Rechtsanwalts M., abgegeben. Sie war also mit einem rechtskundigen Beistande versehen, dessen Vorhandensein die Nothwendigkeit der Belehrung beseitigt.

Der Rechtsanwalt M. aber war nicht nur von der Beklagten, sondern auch von ihrem Ehemanne mit Vollmacht versehen: es ist also auch dem § 189 A.L.R. II. 1 genügt. — Damit erledigen sich alle in der Nichtigkeitsbeschwerde hervorgehobenen Angriffe.

---

## Nr. 83.

**1. Die Behauptung, daß ein zwischen dem Prozeßgegner und einem Dritten geschlossener Vertrag nur zum Schein geschlossen sei, enthält keine exceptio de jure tertii.**

A.L.R. I. 4 § 52.

**2. Die Auflassung welche sich auf einen Scheinvertrag stützt, kann angefochten werden.**

Eigth.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872 § 9.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 13. Dezember 1879 in Sachen Wolters (Kläger) wider Belgrad (Verklagten).

Das Erkenntniß des frühern preuß. Appell.-Gerichts zu Hamm ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers vernichtet, und die Sache zur anderweiten Verhandlung in die II. Instanz zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Der Appellationsrichter verwirft die Behauptung des Klägers, daß der zwischen dem Verklagten und dem Bernhard W. über den Miteigenthums-Antheil des letzteren an dem Grundstücke Hiesfeld Bd. 3 Art. 15 abgeschlossene Veräußerungs-Vertrag nur zum Scheine abgeschlossen worden ist, weil diese Einrede nur den Kontrahenten zustehe, für den Kläger aber eine exceptio de jure tertii sei. Die Nichtigkeitsbeschwerde findet hierin eine Verletzung von A.L.R. I. 4

§ 52 und des Begriffs einer exceptio de jure tertii. Dieser Vorwurf ist begründet.

Nach § 9 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung des Grundeigenthums vom 5. Mai 1872 kann die Eintragung des Eigenthumsüberganges nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts angefochten werden. Ist die Willenserklärung, durch welche die Auflassung ausgesprochen wird, oder das derselben zum Grunde liegende Rechtsgeschäft nicht ernstlich gemeint gewesen, so sind daraus Rechte und Pflichten überhaupt nicht entstanden (A.L.R. I. 4 § 52), und es ist auch die darauf basirte Auflassungserklärung ohne Wirkung, wie dies in dem Erkenntniß des preußischen Ober-Tribunals vom 31. Mai 1875 (Entscheidungen Bd. 75 S. 22 namentlich S. 26) nachgewiesen ist. Daß hiernach jeder der beiden Kontrahenten, sowohl der Verklagte, wie der Bernhard W., befugt wäre, den simulirten Veräußerungsvertrag und die damit in Verbindung stehende Auflassung anzufechten, ist unzweifelhaft, auch in dem allegirten Erkenntniß des Ober-Tribunals angenommen. Aber auch dem Kläger, der außerhalb des Vertragsverhältnisses steht, muß ein Anfechtungsrecht zugestanden werden, falls er seiner Behauptung nach ein eigenes rechtliches Interesse hat, nachzuweisen, daß eine Veräußerung überhaupt nicht stattgefunden hat und sein Sohn Bernhard nach wie vor Eigenthümer des Antheils am fraglichen Grundstück ist. Steht dem Kläger nach dem Cleve-Märkschen Güterrecht die Befugniß zu, ein zu dem gütergemeinschaftlichen Vermögen gehöriges Grundstück für den Taxpreis zum alleinigen Eigenthume zu erwerben, so verfolgt er mit der Behauptung, daß sein Sohn Bernhard noch antheilweiser Eigenthümer dieses Grundstücks ist, weil ein ernstlich gemeinter Veräußerungsvertrag zwischen diesem Sohne und dem Verklagten überhaupt gar nicht geschlossen worden sei, lediglich sein eigenes Recht und nicht Rechte Dritter.

Diese Anschauung ist in der preußischen Rechtssprechung schon wiederholt zur Geltung gebracht worden.

Das Ober-Tribunal hat in dem Erkenntniß vom 6. November 1857 (Entscheidungen Bd. 37 S. 87) dem Eigenthümer eines Grundstücks den Einwand und Nachweis gestattet, daß bei der Cession einer hypothekarischen Forderung der Eigenthumsübergang derselben überhaupt nicht beabsichtigt und nicht erwirkt worden sei. Der Grundeigenthümer hatte an diesem Nachweise ein eigenes Interesse, weil

ihm für den Fall desselben die Einwendungen gegen den ursprünglichen Gläubiger erhalten blieben, die er andernfalls dem hypothekarischen Cessionar nicht hätte entgegensetzen dürfen.

Derselbe Gerichtshof hat in zwei Erkenntnissen, auch bei nicht vorhandener Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners und außerhalb des Konkurses und außerhalb der Voraussetzungen der Anfechtungsgesetze vom 26. April 1835 und 9. Mai 1855, angenommen, daß ein Gläubiger, auf dessen Antrag bei seinem Schuldner im Wege der Exekution Sachen gepfändet worden sind, berechtigt ist, einem Dritten, welcher das Eigenthum dieser Sachen von dem Schuldner durch einen mit diesem geschlossenen Vertrag vor der Beschlagnahme erworben zu haben behauptet, — den Einwand entgegen zu setzen, daß dieser Vertrag lediglich zum Schein abgeschlossen worden sei.

Erkenntniß vom 14. Oktober 1849, Entscheidungen Band 10 Seite 355 namentlich 359;

Erkenntniß des 3. Senats vom 19. Oktober 1869, Entscheidungen Band 59 Seite 1 ff.

In den beiden Erkenntnissen vom 25. Februar 1865 (Entscheidungen Band 53 S. 361) und vom 7. Mai 1872 (Entscheidungen Band 67 S. 353) hat das Ober-Tribunal in Anfechtungsprozessen, welche auf das Gesetz vom 9. Mai 1855 gestützt waren, den Verklagten zu dem Einwande für berechtigt angesehen, daß die gegen seinen Verkäufer erstrittene und zur Exekution stehende Forderung simulirt sei, um ihm sein Eigenthum zu entziehen.

Allen diesen Entscheidungen liegt die Annahme zu Grunde, daß ein Dritter zum Nachweise der Nichtexistenz und der Simulation eines Rechtsgeschäfts befugt ist, wenn er ein eigenes Interesse hat, diesen Nachweis zu führen. Das auf der entgegenstehenden Anschauung beruhende Appellationserkenntniß unterliegt deshalb der Vernichtung.

(Die in der Sache selbst gepflogenen Erörterungen bieten kein rechtliches Interesse).

---

## Nr. 84.

**Der Richter hat nicht von Amtswegen zu prüfen, ob die Partei, welche sich weigert, einen erkannten Eid zu schwören, den Eid in anderer Norm oder über ein minus ableisten könne.**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 10. Dezember 1879 in Sachen Würtemberg (Klägerin) wider Zellmer (Verklagten.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Kreisgerichts zu Krotoschin ist zurückgewiesen aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Die von der Implorantin erhobenen Beschwerden sind unbegründet.

Ob eine Partei den ihr auferlegten Eid schwören will oder kann, hängt von ihrer Entschließung ab. Für den Richter ist allein die von ihr abgegebene Willenserklärung, nicht die beigefügte Begründung derselben maßgebend. Hat die Partei erklärt, daß sie nicht schwören wolle, so unterliegt es nicht der richterlichen Beurtheilung, ob der angegebene Grund ausreicht. Es hat dies vielmehr der Schwurpflichtige nach seinem eigenen Gewissen zu entscheiden. Nur dann, wenn die Partei Aenderungen der Eidesnorm begehrt oder den Eid theilweise leisten will, hat der Richter über die Zulässigkeit derartiger Anträge zu befinden.

In vorliegender Sache hat Implorantin bei der Verhandlung vom 29. April 1879 erklärt, sie könne den ihr auferlegten Eid nicht schwören. Diese Willenserklärung bedingte den die Klage abweisenden Purifikationsbescheid. Der von der Implorantin angeführte Grund für die Weigerung hatte für den Richter keine Bedeutung. Auf eine Aenderung der Eidesnorm, insbesondere auf eine Streichung der Worte: „an diesem Tage" ist nicht angetragen. Der Richter hatte deshalb nicht darüber zu entscheiden, ob Implorantin zur Ableistung des Eides mit Weglassung jener Worte zu verstatten sei. Die in der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemachten Rügen, daß der vom ersten Richter aus der Weigerung der Implorantin entnommene Entscheidungsgrund dem wörtlichen Inhalt der von ihr abgegebenen Erklärung widerspreche, daß ferner der erste Richter eine erhebliche Thatsache nicht erwähnt und die Grundsätze von der res judicata verletzt habe, können hiernach nicht für begründet erachtet werden. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist deshalb zurückzuweisen.

---

## Nr. 85.

**Die Bestimmung in der A.G.O. I. 10 §§ 375, 376, wonach ein Eidespflichtiger, welcher in I. Instanz den Schwurtermin versäumt, in der Appellations-Instanz zur Ableistung des Eides zugelassen werden soll, ist eine prozessuale. Ihre Verletzung kann weder auf Grund des § 5 noch des § 4 der Verordn. vom 14. Dezember 1833 mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden.**

A.G.O. I. 10 §§ 375, 376. Verord. vom 14. Dezember 1833 §§ 4, 5. Verord. v. 21. Juli 1846 § 31.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 18. November 1879 in Sachen Heilbronn wider Bergau.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Verklagten ist zurückgewiesen aus folgenden das Sachverhältniß ergebenden

### Gründen:

Der Beklagte war in erster Instanz in dem Termine zur Ableistung des ihm von dem Kläger über das Klagefundament zugeschobenen und von ihm angenommenen Eides nicht erschienen. Nachdem er auf sein Gesuch gegen diese Versäumniß zur Restitution verstattet war, blieb er auch in dem anberaumten neuen Termine aus. Der erste Richter nahm deshalb die Behauptungen des Klägers für erwiesen an und verurtheilte den Beklagten nach dem Klageantrage. In der zweiten Instanz erklärte sich Beklagter zur Eidesleistung nochmals bereit. Von dem Appellationsrichter ist jedoch dieses nachträgliche Erbieten zur Eidesleistung mit Rücksicht darauf, daß der Beklagte in erster Instanz von dem Rechtsmittel der Restitution Gebrauch gemacht hat, für unzuläßig und mit dem ersten Richter der Beklagte pro jurare nolente erachtet worden.

Implorant findet in dieser Annahme einen prozessualischen Verstoß nach Maßgabe des § 5 Nr. 2 der Verord. vom 14. Dezember 1833, nämlich die Verletzung der §§ 375, 376 A.G.O. I. 10 und § 19 I. 14 und des § 31 der Verord. vom 21. Juli 1846. Der Angriff erscheint jedoch nicht gerechtfertigt.

Die §§ 375, 376 cit. enthalten keine rechtsgrundsätzlichen, sondern prozessuale Vorschriften, die aber als solche nicht zu den in dem § 5 der Verord. vom 14. Dezember 1833 und Artikel 3 der Deklaration vom 6. April 1839 aufgeführten wesentlichen Prozeßvorschriften gehören, deren Verletzung nach § 4 Nr. 2, § 5 Ab-

satz 1 der Verordnung und Art. 3 Abs. 1 der Deklaration die Nichtigkeit des angefochtenen Erkenntnisses zur Folge hat. Insbesondere treffen auf jene Vorschriften nicht die Voraussetzungen des § 5 Nr. 2 der Verordnung zu. Dieser bezeichnet es als die Verletzung einer wesentlichen Prozeßvorschrift, wenn in den Fällen, in welchen die Gesetze ein besonderes Präjudiz ausdrücklich androhen, gegen den Imploranten ein anderes Präjudiz zur Anwendung gebracht und darauf der beschwerende Inhalt des Erkenntnisses gegründet worden ist. Die §§ 375, 376 a. a. O. schreiben aber ein besonderes Präjudiz, unter welchem eine mit der Eidesleistung säumig gewesene Partei auf ihr wiederholtes Erbieten in derselben oder der folgenden Instanz zur Eidesleistung zuzulassen sei, nicht vor. (Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. VII. S. 177; Bd. XIV. S. 256.)

Der § 31 der Verordnung vom 21. Juli 1846 handelt von dem Rechtsmittel der Restitution, verordnet, daß dasselbe gegen Kontumazial-Erkenntnisse und Purifikations-Resolutionen zuzulassen ist, auch wenn erhebliche Hinderungsursachen nicht angegeben und bescheinigt sind, und bestimmt, daß, wenn ein deferirter oder referirter Eid nicht abgeleistet ist, binnen zehn Tagen nach dem versäumten Termine, es mag inzwischen erkannt sein oder nicht, Restitution nachgesucht werden kann. Da der Beklagte das Rechtsmittel der Restitution nicht eingewendet hat, so kann der Appellationsrichter nicht gegen diese Vorschrift verstoßen haben.

Endlich liegt auch nicht eine Verletzung des § 19 Th. I. Tit. 14 der Allg. Gerichts-Ordnung vor, welcher den allgemeinen Satz aufstellt, daß der appellirende Theil zur Unterstützung seiner Beschwerde neue, in der ersten Instanz nicht vorgekommene Umstände und Beweismittel beizubringen befugt ist.

---

## Nr. 86.

**Förmlichkeiten der Appellationsrechtfertigungsschrift. Es bedarf nicht der Unterschrift des Appellanten.**

Verord. vom 21. Juli 1843 § 2. Verord. vom 21. Juli 1846 §§ 17, 21.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 8. Dezember 1879 in Sachen Sonke wider Sonke.)

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin ist das Erkenntniß

des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Frankfurt a. O. vernichtet und die Sache in die zweite Instanz zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

Nach § 2 der Verordnung vom 21. Juni 1843 und § 17, § 21 der Verordnung vom 21. Juli 1846 muß die Appellationsrechtfertigung von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Derselbe braucht nicht bei dem Gericht, welchem die Schrift eingereicht werden soll, angestellt zu sein; im letzteren Falle muß aber der Schrift außer dem Datum und der Namensunterschrift noch der Abdruck des Dienstsiegels des Anwalts beigefügt sein (Verordn. vom 21. Juli 1843 §§ 2, 3, 5). Andere Förmlichkeiten sind nicht erforderlich, namentlich bedarf es der Unterzeichnung seitens der Partei selbst nicht. (Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 17. Oktober 1856, Entscheidungen Bd. 33 S. 468, vom 6. Mai 1859, Striethorst Archiv Bd. 33 S. 188, und vom 13. September 1864, Striethorst Archiv Bd. 55 S. 221.) Hiernach erscheint es unerheblich, wenn im vorliegenden Falle der Appellationsrechtfertigung noch der Name der Klägerin beigefügt ist, obwohl dieser Umstand Bedenken darüber hervorrufen konnte, ob die Appellationsrechtfertigung überhaupt von der Klägerin herrühre, da dieselbe notorisch Analphabetin ist. Dies Bedenken würde sich auch durch die Erwägung haben beseitigen lassen, daß die Legalisation sich nicht auf die Unterschrift bezieht und darum auch keine Vollmacht voraussetzt. Hätte aber dem Bedenken gleichwohl eine Folge gegeben werden müssen, so hätte dieselbe doch nur darin bestehen können, daß der Anwalt, welcher die Appellationsrechtfertigung legalisirt hat, zur Beibringung einer Vollmacht oder die Klägerin zur besonderen Genehmigung dieser Schrift aufgefordert wurde. Das im vorliegenden Falle eingeschlagene Verfahren, die Appellationsrechtfertigung ohne Weiteres anzunehmen und dem Gegner mitzutheilen, dann aber die gewöhnliche Vorladung zur Audienz ohne Beifügung eines Zusatzes zur Beseitigung des Bedenkens zu erlassen und demnächst beim Ausbleiben der Klägerin das Rechtsmittel für nicht devolvirt zu erachten, findet in den Gesetzen keinen Anhalt. Klägerin mußte bei diesem Verfahren in dem Glauben leben, daß ihre Appellationsrechtfertigung berücksichtigt sei und daß ihr Ausbleiben aus der Audienz zweiter Instanz oder ihre Vertretung in derselben durch eine nicht bevollmächtigte Person nur die in der Vorladung angedrohten Nachtheile für sie haben würde.

Mit Recht trifft deshalb den Appellationsrichter der Vorwurf, daß er ein rechtzeitig angebrachtes gesetzliches Rechtsmittel ungerechtfertigter Weise zurückgewiesen hat. (Artikel 3 Nr. 2 der Deklaration vom 6. April 1839.)

---

## Nr. 87.

**Eine in I. Instanz bestrittene Thatsache gilt auch in II. Instanz für bestritten, selbst wenn der I. Richter sie für bewiesen erachtet, und diese Feststellung nicht angegriffen ist.**

Verord. v. 1. Juni 1833 §§ 14, 25, 41—45. Verord. v. 21. Juli 1846 §§ 9, 16—18, 20.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 19. November in Sachen Miodowicz wider Dziamski.)

Die vom Verklagten gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Posen vom 30. Januar 1879 eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist für begründet erachtet aus folgenden den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Die Nichtigkeitsbeschwerde beschuldigt den Appellationsrichter der Verletzung einer wesentlichen Prozeßvorschrift (Verordnung vom 14. Dezember 1833 § 5 Nr. 2), indem er irrthümlich eine Präjudiz dahin aufstelle:

> „Bestrittene und vom ersten Richter festgestellte Thatsachen gelten in der zweiten Instanz für erwiesen, wenn die Feststellung hier nicht angegriffen ist,"

während aus den §§ 41, 42 der Verordnung vom 1. Juni 1833 das Präjudiz anzuwenden gewesen sei:

> „Die in erster Instanz bestrittenen Thatsachen gelten auch in zweiter Instanz selbst dann als bestritten, wenn sie nicht nochmals ausdrücklich bestritten werden."

Der Angriff ist begründet.

Aus den §§ 14, 25, 44, 45 der Verordnung vom 1. Juni 1833 und aus den §§ 9, 20 der Verordnung vom 21. Juli 1846 erhellt, daß nur eine nicht bestrittene Thatsache für zugestanden gilt, und die §§ 41 und 42 der Verordnung vom 1. Juni 1833 ergeben in Verbindung mit der Verordnung vom 21. Juli 1846 §§ 16—18, welche Erklärungen die Appellationsrechtfertigung nur enthalten muß. Mit Unrecht erachtet also der Appellationsrichter die Feststellung des

ersten Richters deshalb für die zweite Instanz maßgebend, weil der Verklagte diese Feststellung nicht angefochten hat. Damit bringt er gegen den Verklagten ein anderes Präjudiz zur Anwendung, als das gesetzlich angedrohte, und macht sich damit nach der zutreffenden Ausführung in dem Plenarbeschluß des preußischen Ober-Tribunals vom 16. Januar 1871 (Entscheid. Bd. 64 S. 1 namentlich S. 8, 9) der Verletzung der im § 5 Nr. 2 der Verordnung vom 14. Dezember 1833 als wesentlich aufgeführten Prozeßvorschrift schuldig. An sich ist also die Nichtigkeitsbeschwerde begründet. In der Sache selbst aber muß das zweite Erkenntniß aufrecht erhalten werden. (Die weiteren Gründe interessiren nicht.)

---

## Nr. 88.

**1. Wenn der Appell.-Richter ein Erkenntniß nur mit einer Maßgabe bestätigt, so liegen zwei difforme Entscheidungen vor, und es ist unter Voraussetzung der summa revisibilis die Revision zulässig.**

Verord. vom 14. Dezember 1833 § 2.

**2. Der Schuldner ist, sobald eine Forderung gerichtlich mit Arrest belegt wird, zur Deposition der Schuld befugt, auch dem Cessionar des Arrestaten gegenüber.**

A.L.R. I. 16 §§ 215, 216. A.G.O. I. 29 § 82 ff.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 17. Dezember 1879 in Sachen Gebhardt (Klägerin) wider Brandt u. Gen. (Verklagte.)

Die gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Kammergerichts von der Klägerin eingelegte Revision ist verworfen aus folgenden

Gründen:

Das Rechtsmittel der Revision muß für zulässig erachtet werden, da der erste Richter auf Zahlung von 2100 Mk. an die Revidentin erkannt, der Appellationsrichter aber diese Verpflichtung der Revisen durch die von ihm beigefügte Maßgabe, daß die Zahlung nur ad depositum zu leisten ist, in Wegfall gebracht hat, sonach das Objekt der Beschwerde für die Revidentin mehr als 1500 Mk. beträgt. § 2 der Verordnung vom 14. Dezember 1833.

Vgl. Striethorst Archiv Bd. 21 S. 132.

Das Rechtsmittel ist jedoch nicht begründet.

Der Appellationsrichter hat den Einwand der Revisen, daß sie nur zur Zahlung ad depositum verpflichtet seien, für durchgreifend erachtet. Er nimmt an, daß die Arrestverfügung die Revisen über

die Person des Gläubigers in Unsicherheit versetzt habe. Wenn auch der Arrest in das Grundbuch nicht eingetragen sei, so bleibe doch möglich, daß die Revidentin bei Erwerb der Forderung Kenntniß von deren Beschlagnahme hatte. Die Zulässigkeit der Deposition einer arrestirten Forderung werde durch die §§ 38, 49 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 nicht aufgehoben.

Dieser Ausführung ist beizustimmen. Nach A.L.R. I. 16 § 215 darf der Schuldner deponiren, wenn die Zahlung wegen eines Hindernisses in der Person des Gläubigers nicht geleistet werden kann. Zu solchen Hindernissen rechnet § 216 ibid. den Fall, daß der Gläubiger zur Empfangnahme der Zahlung nicht gehörig legitimirt ist. Dieser Fall liegt vor, sobald eine Forderung mit Arrest belegt, und dem Schuldner die Zahlung gerichtlich untersagt wird. Der Schuldner kann nicht für verpflichtet erachtet werden, die Rechtmäßigkeit des Arrestes zu prüfen oder seinerseits Schritte zur Aufhebung desselben zu thun. Tritt für ihn die Verpflichtung der Zahlung ein, so darf er behufs seiner Befreiung die Schuld in das gerichtliche Depositorium abliefern (A.G.O. I. 29 §§ 82, 86). An diesen Grundsätzen ändert auch nichts der Umstand, daß der Arrestat die mit Beschlag belegte Forderung einem Andern cedirt. Ob eine solche Cession mit rechtlichen Wirkungen geschehen konnte (vgl. A.G.O. I. 29 § 83, A.L.R. I. 15 § 25, Gesetz vom 5. Mai 1872 §§ 38, 49), läßt sich nur unter Theilnahme des Arrestimpetranten, nicht allein zwischen dem Schuldner und dem Cessionar definitiv entscheiden. Es mag dahingestellt bleiben, ob der Schuldner die Möglichkeit besitzt, durch Streitverkündung den Arrestimpetranten in den Prozeß mit dem Cessionar hineinzuziehen. Jedenfalls liegt eine Verpflichtung hierzu ihm nicht ob.

---

## Nr. 89.

**Die in A.G.O. I. 16 §§ 19 und 21 vorgeschriebene zehnjährige Frist zur Anstellung der Restitutionsklage ist vom Tage des publizirten Erkenntnisses, nicht von der Auffindung der neuen Urkunden zu berechnen.**

A.G.O. I. 16 §§ 19, 21.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 4. Dezember 1879 in Sachen Sch. wider von M.)

Die Verklagte Sch. ist eine natürliche Tochter des am 24. Oktober 1861 in Preußen verstorbenen v. M. Sie hat gegen die Ge-

schwister des Erblassers das ihr gesetzlich zustehende Erbrecht geltend gemacht. Dasselbe ist anerkannt. Es hat eine gerichtliche Regulirung des von M.'schen Nachlasses stattgefunden, und ist der Erbrezeß am 29. August 1862 von den Erben und demnächst für die Verklagte vom Vormundschaftsgericht genehmigt, letztere auch nach erlangter Großjährigkeit in den Besitz ihres Erbtheils gesetzt.

Im Jahre 1875 hat sich ein Testament des v. M. gefunden, in welchem er seine Schwester zur alleinigen Erbin einsetzt. Diese (resp. ihre Erben) haben jetzt von der Verklagten Rückgewährung des aus dem v. M.'schen Nachlasse Empfangenen mit der Restitutionsklage ex instrumentis noviter repertis beansprucht. Der erste Richter hat die Klage abgewiesen, der zweite Richter (das frühere preuß. Kammergericht) im Wesentlichen nach den Klageanträgen erkannt. Das Reichsgericht hat auf die Revision der Verklagten das erste Erkenntniß wiederhergestellt aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter hat in zutreffender Weise ausgeführt, daß die am 29. August 1862 genehmigte Erbtheilung in Anbetracht, daß die Regulirung des Nachlasses beim Erbschaftsrichter nachgesucht und erfolgt ist, als eine mit Zuziehung des Richters angelegte Theilung im Sinne des A.L.R. I. 17 § 111 zu erachten ist und demgemäß die Erbtheilung nach § 112 a. a. O. nur ebenso, wie ein rechtskräftiger Urtheilsspruch angefochten werden kann. Es waltet auch hierüber in dritter Instanz ein Streit zwischen den Parteien nicht ob. Beide Parteien gehen vielmehr davon aus, daß für den vorliegenden Fall die in der A.G.O. I. 16 §§ 17 ff. enthaltenen Vorschriften in Anwendung kommen müssen, und sie streiten in erster Linie nur darüber, ob das Recht der Kläger, auf Restitution anzutragen, durch die in den §§ 19 und 21 a. a. O. gedachte zehnjährige Verjährung erloschen ist oder nicht. Ersteres behauptet die Revidentin in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter; letzteres behaupten die Revisen im Anschluß an die Ausführung des zweiten Richters.

Dieser Streit war zu Gunsten der Revidentin zu entscheiden. Die §§ 18 ff. a. a. O. enthalten eine zweifache Fristbestimmung, nämlich die vom Tage der Auffindung der neuen Urkunden an zu rechnende Frist von acht Wochen und die in den §§ 19 und 21 erwähnte zehnjährige Frist.

Die Versäumung der achtwöchentlichen Frist hat den Verlust des Rechts, Restitution zu verlangen, nicht zur Folge; sondern es sollen, wenn sich herausstellt, daß der Implorant die Dokumente schon länger als acht Wochen vor der geschehenen Anmeldung der Klage in Händen gehabt hat, die im § 21 erwähnten Folgen eintreten.

Ist dagegen die zehnjährige Frist verstrichen, so soll „derjenige, welcher ein Restitutionsgesuch später anbringt, damit nicht weiter gehört werden, es sei denn, daß er zugleich nachweisen könnte, was gestalten er bloß durch die Hinterlist und Gefährde des Gegners oder auch eines Dritten an der früheren Auffindung der Urkunden verhindert worden sei." § 19.

Die Parteien streiten darüber, wie der Anfang dieser zehnjährigen Frist aufzufassen ist. Revidentin meint, die Frist fange mit dem Tage des publizirten rechtskräftigen Urtheils an zu laufen und nach alinea 2 des § 19 könnten nur solche dem Beginn der Verjährung entgegenstehende Hindernisse in Betracht kommen, welche in Betreff des Erlasses des Urtheils eintreten, also z. B., wenn Implorant von dem ergangenen Urtheil erst später Nachricht erhalten konnte, oder bei Erlaß des Urtheils im Dienst des Staates abwesend war und erst später zurückgekehrt sei. Die Revisen meinen dagegen, da das Recht, Restitution zu verlangen, nur durch die neu aufgefundenen Urkunden begründet werde, so könne die zehnjährige Frist erst von dem Augenblick zu laufen beginnen, an welchem Implorant von den Urkunden Kenntniß erlangt habe oder habe erlangen können.

Es mußte der Ansicht der Revidentin beigetreten werden. Im § 19 A.G.O. I. 16 „wird der Zeitraum, innerhalb dessen ein Restitutionsgesuch nur zulässig sein soll, auf zehn Jahre vom Tage des publizirten rechtskräftigen Urtels festgesetzt." Hiermit ist als Anfangspunkt des zehnjährigen Zeitraums der Tag des publizirten Urtels bezeichnet, also nicht der Tag der von dem Vorhandensein der Urkunden erlangten oder zu erlangenden Kenntniß. In entsprechender Weise wird im § 21 eine Entscheidung in der Hauptsache nur zugelassen, „wenn der § 19 bestimmte zehnjährige Zeitraum noch nicht verflossen" ist, d. h. also, wenn der nach § 19 vom Tage des publizirten rechtskräftigen Urtels beginnende zehnjährige Zeitraum noch nicht abgelaufen ist.

An dieser Bestimmung der §§ 19 und 21 ist durch den zweiten Absatz des § 19 nichts geändert. Daß eine Aenderung nicht be-

absichtigt war, ergeben schon die Anfangsworte des Absatzes: „Es versteht sich aber von selbst, daß“ u. s. w. Der zweite Absatz sollte eben nur aussprechen, was im ersten Absatz stillschweigend vorausgesetzt war, nämlich, daß, weil die im ersten Absatz erwähnte Frist eine Verjährungsfrist sei, „bei der Beurtheilung, inwiefern das Recht der Imploranten, auf Restitution anzutragen, durch diese zehnjährige Präskription (d. h. also durch die nach Absatz eins vom Tage des publizirten rechtskräftigen Urtels anfangende Verjährung) erloschen sei, eben die Grundsätze und Vorschriften stattfinden, welche wegen der Verjährung durch Nichtgebrauch überhaupt im Allg. Landrecht enthalten sind.“ Daß dabei auf Th. I. Tit. 9 § 512 und ff. hingewiesen wird, hat seinen Grund darin, daß von § 512 an die „allgemeinen Grundsätze“ über die Hindernisse des Anfangs und die Gründe der Unterbrechung der Verjährung enthalten sind. Keineswegs aber hat durch die Hinweisung auf §§ 512 und ff. der Satz ausgesprochen werden sollen, daß die im ersten Absatz des § 19 erwähnte Verjährung zu laufen nicht anfangen könne, wenn der Implorant von dem Vorhandensein der Urkunden nicht unterrichtet sei und nicht unterrichtet sein könne.

Eine Auffassung des zweiten Absatzes im § 19, wie dieselbe von den Klägern und dem zweiten Richter vertreten wird, steht nicht nur mit den Worten des Gesetzes im Widerspruch, sondern sie würde auch die Absicht und den Zweck des Gesetzes vereiteln und beeinträchtigen. Denn die Absicht des Gesetzes ist, durch Feststellung des vom Tage der Publikation des Urtels beginnenden zehnjährigen Zeitraums nach Ablauf dieses Zeitraums jede weitere Anfechtung des Urtels wegen neu aufgefundener Urkunden auszuschließen, dafern nicht etwa von dem Imploranten der Beweis erbracht wird, daß er durch die Hinterlist und Gefährde des Gegners oder eines Dritten an der früheren Auffindung der Urkunden verhindert worden sei. Diese Absicht würde aber verfehlt, wenn der zehnjährige Zeitraum erst zu laufen anfinge, wenn die neuen Urkunden aufgefunden würden oder hätten aufgefunden werden können. Denn dann wäre die Möglichkeit vorhanden, daß wegen neuer in den entfernten Zeiten aufgefundener Urkunden Urtheile, welche in längst vergangenen Zeiten erlassen sind, angefochten würden. Auch der im § 19 angegebene Zweck, durch die Feststellung des zehnjährigen Zeitraums, innerhalb dessen das Restitutionsverlangen nur zulässig sein soll, die Parteien zu

veranlassen, nach den in ihren Prozessen erforderlichen Urkunden sorgfältig nachzuforschen, würde wesentlich beeinträchtigt werden, wenn sie das Recht, Restitution zu verlangen, nicht mit dem Ablaufen von zehn Jahren nach ergangenem Urtel verlören, sondern ihnen dieses Recht auch nach Ablauf dieser Zeit gesichert bliebe, sofern nur der zehnjährige Zeitraum vom Auffinden der Urkunden an noch nicht abgelaufen wäre.

---

## Nr. 90.

**Die Verpflichtung des Richters zur Belehrung rechtsunkundiger Parteien bei Abgabe von Anerkenntnissen tritt nicht ein, wenn die Partei sich der Folgen ihrer Erklärung bewußt ist.**

A.G.O. I. 25 § 65.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 2. Dezember 1879 in Sachen Gottschalk wider Barfuß.)

Der Verklagte hat die eingeklagte Forderung anerkannt, und das Gericht I. Instanz (das frühere preuß. Kreisgericht zu Wriezen) einen Anerkennungsbescheid abgefaßt. Der Verklagte macht mit der Nichtigkeitsbeschwerde geltend, er gehöre zum Bauernstande und habe deshalb vom Richter über die Folgen der abgegebenen Erklärung belehrt werden müssen. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die vom Verklagten im Klagebeantwortungstermine abgegebene Erklärung läßt deutlich erkennen, daß Verklagter sich bei deren Abgabe wohl bewußt gewesen ist, „dieselbe werde seine kostenpflichtige Verurtheilung zur Zahlung von 1125 Mk. nebst Zinsen zur Folge haben.“ Die Vorschrift der A.G.O. I. 25 § 65 hat aber lediglich den Sinn, daß die richterliche Bedeutung über die Folge eines Anerkenntnisses nur dann einzutreten hat, wenn nicht bereits aus der Auslassung der anerkennenden Partei selbst erhellt, daß sie von der Folge ihres Anerkenntnisses wohl unterrichtet gewesen ist und dieselbe nicht übersehen hat. Denn, wenn dies schon aus der eigenen Auslassung der Partei erhellt, so würde die richterliche Bedeutung, welche immer nur dahin gehen könnte, die Partei über die ihr bekannten Folgen zu belehren, zwecklos sein. War demgemäß nach Lage des vorliegenden Falles die Belehrung des Verklagten durch den Richter nicht erforderlich, so hat sich auch nicht der Vorderrichter der Verletzung des § 65 a. a. O. schuldig machen können.

---

# Literatur.

## 23.

**System des deutschen Privatrechts** von Paul von Roth. Erster Theil. Tübingen, 1880. Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Zunächst einige Worte über den Titel des Werkes. Dasselbe enthält nicht eine Darstellung des „deutschen Privatrechts" in dem herkömmlichen Sinne dieser Bezeichnung, vielmehr soll, um zuvörderst dies hervorzuheben, das, was bisher getrennt als römisches und deutsches Recht dargestellt wurde, einheitlich zusammengefaßt werden. Also ein System des in Deutschland geltenden Privatrechts, sowohl des gemeinen rezipirten wie des auf deutschem Boden erwachsenen Rechts.

Nun ist ja mehr als einmal von berufenster Seite bedauert worden, daß bei Behandlung des geltenden Privatrechts noch immer, wie seit beinahe zweihundert Jahren, eine Trennung des romanistischen vom germanistischen Rechtsstoff festgehalten werde, und mehr als einmal ist die Beseitigung dieser Scheidung, ist eine gemeinsame Behandlung, eine Gesammtdarstellung des heutigen Civilrechts gefordert worden. Die Frage war nur und ist nur, ob eine solche denn auch ausführbar sei und, was wichtiger erscheint, ob sie zum Nutzen oder nicht vielmehr zum Nachtheil beider oder wenigstens einer der bisher getrennt gehaltenen Disziplinen gereichen werde.

Diese Fragen sind in sehr verschiedenem Sinne beantwortet worden. Ich suche nicht weit umher nach Zeugnissen, sondern beschränke mich auf wenige Bemerkungen, welche namentlich die Stellung der Germanisten zu jenen Fragen zu karakterisiren geeignet sind. Im Jahre 1845 erschien von Reyscher ein viel gelesener Aufsatz: Die Einheit des gemeinen deutschen Rechts (Zeitschrift für deutsches Recht IX. 307 ff.) Er ging von der Ansicht aus, daß es nicht zwei einander schismatisch gegenüberstehende gemeine Rechtslehren gebe, römische und deutsche, sondern nur ein Recht, wobei das römische nicht als solches, sondern nur theils als allgemeines, theils als deutsch gewordenes, also deutsches Recht in Betracht komme, oder, wie er an anderer Stelle sagt, daß jedenfalls der Gegensatz zwischen beiden Rechten in der Einheit des heutigen Rechts theoretisch und praktisch aufgehoben sei. Dem entsprechend müsse auch die bisher aufrecht erhaltene Entzweiung aufgegeben werden; die fortgesetzte getrennte Behand-

lung sei von schweren Nachtheilen begleitet, — sie sei so unwissenschaftlich als möglich, — und wenn eine verbindende Darstellung beider Rechte auch mit Schwierigkeiten verknüpft sei, so müsse dieselbe doch schlechterdings erfolgen im Interesse der Wissenschaft, der Rechtspflege und der Fortentwickelung unseres Rechts. Diesem Verlangen stimmte sofort ein angesehener württembergischer Praktiker bei, Bitzer in seiner Abhandlung über die Gegenwart und Zukunft des deutschen Rechts (a. a. O. S. 497ff.); er forderte nicht nur die Vereinigung des römischen und deutschen Rechts, sondern zugleich die Berücksichtigung der deutschen Sonderrechte in diesem System des einen Rechts, — Darstellung des Einen deutschen Rechtsbewußtseins in der Totalität seiner Gliederung, also etwa das, was Roth, wie später zu bemerken, in seinem Werke jetzt wirklich zu erreichen versucht hat. Aber fast gleichzeitig erschien Gerbers Schrift: das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts (1846). Er erklärte sich auf das bestimmteste gegen eine Gesammtdarstellung des gemeinen Rechts, einmal wegen der großen faktischen Schwierigkeiten, welche derselben entgegenständen, dann aber und vor Allem wegen der innern Verschiedenheit der Lehren und Institute des römischen und deutschen Rechts und weil das letztere nicht einmal die unmittelbare praktische Anwendbarkeit mit dem römischen gemein habe. Die Idee einer Vereinigung des Rechts dieser verschiedenen Quellen sei unausführbar, aber sie sei auch im Interesse der Fortbildung der verschiedenen Disziplinen zu verwerfen; gerade die getrennte Behandlung sei wissenschaftlich und die Vereinigung zu einem System des geltenden Rechts durchaus unwissenschaftlich, denn es werde nie von einer eigentlich organischen Verschmelzung, sondern immer nur von einer haltlosen, äußerlichen und mechanischen Verbindung unzusammenhängender Stücke die Rede sein können: — nur für die Partikularrechte sei eine solche gemeinsame Behandlung des Rechts verschiedener Quellen gerechtfertigt.

So vor mehr als drei Jahrzehnten. Seit dieser Zeit, welche Fortschritte in unserm staatlichen Leben, in den rechtlichen Institutionen, in der Gesetzgebung und in der Wissenschaft! Die politische Einigung der deutschen Staaten mochten damals auch die Muthigsten nur von einer fernen Zukunft erwarten. An eine gleichartige Gerichtsverfassung, an die Errichtung eines obersten Gerichtshofes, an die Gewinnung eines einheitlichen Rechtsganges, gar an die Möglichkeit einer gemeinsamen gesetzlichen Feststellung des Privatrechts vermochte Niemand zu glauben. Wir haben Alles dies errungen, wir sehen die Einheit des Privatrechts auf weiten Gebieten bereits herbeigeführt, und wir sind doch auch sonst seit jener Zeit ein gutes Stück Weges weiter gelangt. In welcher Weise die Lehre des heutigen römischen Rechts gefördert worden, braucht nicht gesagt zu werden, aber daran mag erinnert sein, daß gerade die Wissenschaft des deutschen Privatrechts in hervorragender Weise fortgeschritten: in der Erforschung der Quellen wie in der Erkenntniß der geschichtlichen Entwickelung, in der Gesammtauffassung des Systems wie in der Konstruktion der einzelnen Institute. Ungemein rege hat sich die Gesetzgebung der einzelnen Staaten entfaltet; Abgestorbenes ist beseitigt, Neues geschaffen worden und im Großen und Ganzen hat

dabei nicht die Tendenz obgewaltet, neue Verschiedenheiten in's Leben zu rufen, sondern vielmehr die, die Gleichartigkeit des Rechts zu fördern. Ein Mangel endlich, der vor dreißig Jahren bitter empfunden wurde, ist seitdem beseitigt; die Partikularrechte haben, zum Theil glänzende und grade auf die Zusammenfassung des einheimischen und fremden Rechts gerichtete Darstellungen erfahren: Wächter Bd. II. 1851, Unger 1856, Förster 1865, Dernburg 1874, Roth 1871—75, Boehlau 1871.

Und trotz alledem werden auch jetzt noch alle hervorgehobenen Bedenken gegen die Darstellung des ganzen Privatrechts in einem System mit voller Schärfe geltend gemacht. Beseler (1873) erkennt an, daß die deutsche Rechtswissenschaft in einer einheitlichen Durchbildung unseres Privatrechts begriffen sei, aber die Beseitigung des herrschenden Dualismus erwartet er erst von der Reichsgesetzgebung: das römische Recht schließt er von der Behandlung in seinem System aus. Behrend (in Holtzendorff's Encyclopädie) führt aus, schon die große Verschiedenartigkeit der Quellen des römischen und deutschen Rechts spreche gegen eine einheitliche Darstellung, weil dabei das eine oder andere Element nothwendig eine Verkürzung erfahren müsse. Gerber (System § 10) hält noch jetzt (1878) an seiner früher vertheidigten Ansicht fest, daß die Wissenschaft durch eine solche Vereinigung des gegenwärtig noch so ungleichartigen gemeinrechtlichen Materials und durch eine Abtrennung desselben von seiner besonderen Literatur und Geschichte den Weg zurückgeführt werden würde, den seit fast einem Jahrhundert verlassen zu haben als ein Verdienst der neueren Zeit betrachtet werden muß. Stobbe endlich (Handbuch I. § 11) erkennt es als eine sicherlich sehr unvollkommene Methode an, daß das in Deutschland geltende Privatrecht sein Eintheilungsprinzip nicht allein aus seinem Inhalt empfängt, sondern auch nach seinen Quellen, also rein äußerlich, in zwei Disziplinen zerlegt werde, allein diese Methode werde durch den Zustand unseres Rechts und unserer Wissenschaft gerechtfertigt; in den Partikularrechten freilich verschmelzen sich römisches und deutsches Recht zu einem Ganzen, aber dies gelte nicht ebenso für ganz Deutschland: denn in den verschiedenen Gebieten komme das römische Recht in sehr verschiedenem Umfange zur Geltung und es würde noch immer erforderlich sein, bei den einzelnen Lehren die deutschen und römischen Elemente mechanisch in gewissem Maße von einander zu trennen.

Die Aussichten auf allgemeine Billigung scheinen hiernach für den von Roth unternommenen Versuch nicht gerade glänzend zu sein.

Aber der Verfasser hat sich das Ziel für seine Aufgabe noch viel weiter gesteckt. Mit der Darstellung des gemeinen römischen und deutschen Rechts soll verbunden werden die des Landesrechts (Vorwort S. V). Das heißt zunächst: des Rechts der Gebiete, in denen die Subsidiarität des gemeinen Rechts anerkannt ist, wie derer, in welchen dies nicht der Fall ist; das heißt ferner: des Rechts der Länder mit großen, in sich geschlossenen Kodifikationen — preußisches A.L.R., sächs. Gesetzbuch, französisches und österreichisches Recht — und aller andern zum Reiche gehörigen größeren, kleineren und kleinsten Staaten; das heißt endlich: nicht nur des in diesen

Staaten gemein geltenden Rechts, sondern auch des nur in einzelnen Theilen herrschenden Partikularrechts. Das Werk soll also sein ein System des gesammten bürgerlichen Rechts, wie es sich aus einer Zusammenstellung der Grundsätze des römischen, deutschen und sämmtlicher deutscher Landesrechte ergiebt; es soll umfassen alle Institute, gleichviel ob sie dem römischen oder dem älteren deutschen Rechte oder der neueren Gesetzgebung entstammen; es soll sie darstellen in der Gestalt, welche dieselben durch Gesetzgebung und Uebung in der neuesten Zeit erhalten haben (S. 10).

Dies ist eine so umfassende, gewaltige und schwierige Aufgabe, daß nur ein Gelehrter von der Arbeitskraft, dem juristischen Gestaltungstalent, und der umfassenden Rechts-, Gesetzes- und Literaturkenntniß wie Roth daran denken konnte, sich der Lösung derselben zu unterziehen. Um dies zu verstehen, genügt ein Blick auf die umfangreichsten Abschnitte dieses ersten Theils. Das zweite Kapitel der Einleitung z. B. karakterisirt kurz die Quellen des älteren deutschen Rechts und die Rechtsentwickelung seit dem 16. Jahrhundert (S. 11—36); daran schließt sich die Darstellung der Quellen des Reichsrechts, des subsidiär gemeinen, des preußischen und französischen Rechts (S. 37—52) und nun folgt auf nahezu zweihundert Seiten die Besprechung und Aufzählung der in den einzelnen deutschen Staaten und Oesterreich geltenden älteren, neueren und neuesten Gesetzbücher, Ordnungen, Statuten und Spezialgesetze (S. 53—247). Das sechste Kapitel ferner enthält auf beinahe vierzig Seiten eine Uebersicht der Literatur für das gemeine und für sämmtliche Landesrechte (S. 296—332). Oder man vergleiche aus den allgemeinen Lehren den Abschnitt über Anfang und Ende der Persönlichkeit (S. 337—370), der zugleich ein recht anschauliches Bild von der bunten Mannigfaltigkeit der Rechtszustände giebt. Hier stellt der Verfasser zunächst fest, daß die bisher für gemeinrechtlich ausgegebenen Regeln über Verschollenheit und Todeserklärung als gemeinrechtliche gar nicht mehr angesehen werden können, weil sie in den meisten Rechtsgebieten durch entgegenstehende Bestimmungen ausgeschlossen seien. Nun folgt eine Karakteristik der wesentlichsten Abweichungen der Landesrechte und demächst die Einzeldarstellung derselben in folgender Gruppirung: A. Landesrechte, welche die Ausantwortung des Vermögens mit der Todeserklärung vorschreiben und zwar I. Bestimmung der Todespräsumtion nach der Dauer der Abwesenheit, nämlich a) nach zehnjähriger, b) nach zwanzig-, c) nach fünfundzwanzig- und d) nach dreißigjähriger Abwesenheit oder II. nach dem Lebensalter; B. Landesrechte mit provisorischer Besitzeinweisung vor Eintritt der Todespräsumtion und zwar I. Todespräsumtion nach dem Lebensalter oder II. Konkurrenz der Abwesenheit und des Lebensalters. Welche große Mühe und peinliche Sorgfalt erfordert allein die Sammlung, Sichtung, Zusammenstellung und Ordnung des spröden Materials für diese einzige Lehre! Bei zahlreichen anderen wird es nicht anders gewesen sein; denn wenn auch der Verfasser im Vorwort bekennt, er habe die Ueberzeugung gewonnen, daß die Abweichungen der einzelnen Landesrechte nicht so große und durchgehende seien, als er selbst früher vorausgesetzt hätte, so erfordert doch die Feststellung auch dieses Resultats dieselbe Arbeitskraft, wie die Feststellung

von Differenzen. Und für diese mit so unermüdlichem Fleiße und so großer Sorgfalt vorgenommene Durchforschung der Quellen, Sammlung und Sichtung des Materials gebührt, um dies gleich hier zu bemerken, dem Verfasser der ungetheilteste und ungeschmälerte Dank aller, welche das geltende Recht anzuwenden oder zu lehren berufen sind.

Im Uebrigen werden gegen das von Roth unternommene Werk alle oben hervorgehobenen Bedenken geltend gemacht werden. Und nicht ganz mit Unrecht. Zwar die prinzipiellen Gründe, welche gegen eine gemeinsame Darstellung des römischen und deutschen gemeinen und der partikulären Rechte angeführt werden, sind für mich nicht voll überzeugend: ich halte eine Verbindung des deutschen und des modernen Gesetzes-Rechts mit dem römischen Recht, wie sie von Wächter für Württemberg in so mustergültiger Weise durchgeführt ist, auch für weitere Gebiete für wohl ausführbar. Auch scheint mir die Ansicht nicht gerechtfertigt, daß eine solche Behandlung des geltenden Rechts — denn nur letzteres fasse ich überall in's Auge — nothwendig zu einer Verflachung der Wissenschaft führen müsse, daß insbesondere das deutsche Recht wieder herabgedrückt werden müßte zu der Stelle, die man ihm einst in den Darstellungen des usus modernus pandectarum oder der praxis iuris Romani in foro Germanico eingeräumt habe: gegen diese letztere Befürchtung scheint mir gerade das Roth'sche Werk zu sprechen. Aber die außerordentlichen faktischen Schwierigkeiten, welche bei einem so großartigen literarischen Unternehmen zu überwinden sind, kann Niemand übersehen. Es ist nicht in eines Mannes Kraft gelegen, die weiten Gebiete des römischen und deutschen gemeinen und sämmtlicher Landesrechte selbständig zu durchforschen, — jedes einzelne Recht in seinem historischen Zusammenhange zu erfassen und geistig zu beherrschen, und schließlich diese einzelnen Rechtssysteme zu einem großen Ganzen innerlich und organisch zu verarbeiten. Wer die Aufgabe löst, welche Roth sich gestellt hat, wird ein Werk von außerordentlichem praktischen Nutzen und deshalb von hohem Werthe geschaffen haben, aber er wird nicht nur auf manche Vorzüge und manchen Schmuck der Darstellung verzichten müssen, sondern auch in Beziehung auf Inhalt, Begründung und Methode eine nicht geringe Resignation zu üben genöthigt sein. Drei Punkte kommen insbesondere in Betracht.

Zunächst wird es dem Verfasser eines solchen Werks nicht möglich sein, alle Lehren der verschiedenen Rechtssysteme selbständig zu prüfen und zu untersuchen, sondern er wird sich genöthigt finden, zum größeren Theil auf die Arbeiten anderer sich zu verlassen. So verfährt auch Roth; „ich gebe, sagt er, für die einzelnen Rechtsinstitute die Grundzüge des gemeinen und preußischen Rechts und der von diesen umschlossenen Partikularrechte, dann des sächsischen und französischen Rechts, indem ich in der Hauptsache die Resultate der bewährten Darstellungen der größeren Rechte zusammenfasse und an diese anreihe, was sich von einzelnen Gestaltungen aus den kleineren Rechtsgebieten anführen läßt." Sodann ist es nicht ausführbar, alle Lehren des Privatrechts in gleichmäßiger Gründlichkeit und angemessener Ausführlichkeit darzustellen, sondern der Verfasser wird sich oft mit Hin-

weisen begnügen müssen, wo der Leser von ihm selbst eingehende Belehrung erwarten mag. Auch das trifft bei dem vorliegenden Werke zu; so gehört z. B. die Lehre von der Wirkung des Prozesses nach der materiellen Seite des Rechts gewiß in ein Werk, welches römisches und deutsches Recht behandelt; der Verfasser aber handelt vom Schutz der Rechte auf nicht ganz einer Seite und giebt nichts anderes als eine überaus kurze Darstellung des Pfändungsrechts. Endlich wird es sich in einem solchen Werke oft um nicht mehr handeln als um ein Nebeneinanderstellen von Lehren und Sätzen der verschiedenen Rechtssysteme, weil eine Durcharbeitung und Zusammenfassung, abgesehen von anderen Ursachen, schon des Stoffs wegen nicht überall thunlich ist, überall namentlich da nicht, wo die Rechtsbildung in den Prinzipien oder in Einzelheiten auseinandergeht. So mußte denn auch Roth verfahren; er stellt für jedes Rechtsinstitut die Grundsätze zusammen, welche in dem Gebiete des französischen, sächsischen, preußischen und gemeinen Rechts gelten, in den beiden letzteren sowohl für die Partikularrechte als das subsidiäre Recht: „wo nicht eine Uebereinstimmung konstatirt werden kann, habe ich die Bestimmungen der einzelnen Rechte parallel neben einander gestellt"; wie sich die Darstellung einer Lehre bei solcher Behandlungsart ausnimmt, kann man im ersten Bande aus dem schon erwähnten § 61: Anfang und Ende der Persönlichkeit entnehmen, — die folgenden Theile werden noch zahlreiche Muster gleicher Art bringen.

Der Verfasser bekennt, daß er sich über die Schwierigkeiten seines Unternehmens keine Illusionen gemacht habe, und es ist ihm sicherlich keines der Bedenken entgangen, welche gegen die Ausführung seines Planes jetzt voraussichtlich werden geltend gemacht werden. Daß er dennoch das Werk mit der ihm eigenen Entschlossenheit und Energie unternahm, ist doppelt anerkennungswerth. Denn, was man an dem Buche aussetzen mag, das wird jeder gern zugestehen, daß es ein Werk von hohem Nutzen für die Theorie und Praxis ist. Sehe ich recht, so wird dasselbe eine Förderung der Wissenschaft des römischen Rechts nicht herbeiführen, obwohl es immer von Interesse ist, nachgewiesen zu sehen, wie dasselbe in den dreiundzwanzig Staaten, welche das Rechtsgebiet des gemeinen Rechts bilden, als Ganzes gilt und insbesondere wie es in Beziehung auf die einzelnen Institute zur Anwendung gebracht wird. Für das deutsche Recht aber wird das Werk, wenn der Plan desselben konsequent und gleichmäßig durchgeführt wird, nach zwei Richtungen Gewinn bringen. Einmal wird sich aus der Darstellung der geltenden Partikularrechte die Gewißheit ergeben, daß für manche Lehren und Sätze, die man bisher als gemeinrechtliche ansah, ein materiell gemeines Recht überhaupt nicht mehr existirt, — daß sich in der Ordnung, welche zahlreiche Rechtsverhältnisse durch die Partikulargesetzgebung erfahren haben, ein Rechtsprinzip überhaupt nicht, mindestens nicht ein als gemeinrechtlich zu bezeichnendes ausgesprochen findet. Und umgekehrt wird sich fortan für zahlreiche andere Lehren die Existenz eines solchen gemeinen Rechts mit erhöhter Bestimmtheit und Gewißheit nachweisen lassen, denn die Heranziehung so zahlreicher, bisher nicht genügend bekannter oder nicht

ausreichend verwertheter Partikularrechte und Gesetze der älteren und neueren Zeit wird, so glaube ich, ergeben, wieviel ursprünglich deutsche Rechtsanschauungen sich trotz alledem erhalten haben und bewußt als Rechtsprinzipien festgehalten wurden. Das Hauptverdienst des Werkes aber wird man in der umfassenden Darstellung der Partikularrechte selbst zu finden haben. Für größere Rechtsgebiete besitzen wir ja allerdings schon mustergültige Einzelwerke, für die kleineren fehlte es daran und eine alle Staaten gleichmäßig umfassende Darstellung ist bisher nie versucht worden. Wird aber das Roth'sche Werk vollendet in derselben Weise wie es jetzt begonnen ist, so werden wir nicht nur ein allgemeines Bild von dem Rechtszustande der einzelnen Territorien erhalten, sondern auch hinsichtlich aller einzelnen Lehren wissen, was Rechtens in den deutschen Staaten gilt und was nicht gilt; zur Orientirung im Großen und Ganzen wird das Werk an sich ausreichen und für Detailfragen wird dieselbe durch die mit unendlichem Fleiße und größter Sorgfalt gegebenen Gesetzes- und Literaturnachweisungen jedem leicht und sicher ermöglicht. Welch' außerordentlichen Werth dies für jeden hat, der eine einzelne Lehre wissenschaftlich behandeln will, — für jeden ferner, der in der Praxis das ihm fremde Recht eines anderen Landes in Betracht zu ziehen genöthigt ist, — für jeden endlich, welcher sich früher oder später mit Gesetzgebungsfragen zu beschäftigen haben wird, — dies Alles braucht für die Leser dieser Zeitschrift nicht weiter nachgewiesen zu werden. Vor Allem dieses Umstands wegen, als eine mit bewährtem Geschick, mit großer Umsicht und mit vollem Verständniß für die Bedürfnisse des Juristenstandes gearbeitete, zusammenfassende Darstellung des geltenden Rechts der deutschen Einzelstaaten, ist das Roth'sche Werk hoch willkommen.

Der Verfasser berührt auch die Frage nach der Opportunität seines Unternehmens im Hinblick auf die künftige Civilgesetzgebung, an welcher er ja selbst in ausgedehnter Weise mitzuwirken berufen ist. Daß sein Werk eine außerordentlich ersprießliche, in gewissem Sinne unentbehrliche Vorarbeit für die großen Aufgaben ist, welche in der nächsten Zeit an die gesetzgebenden Faktoren herantreten werden, ward schon erwähnt, und daß es bis zum Erlaß des Civilgesetzbuchs für die deutschen Juristen von hohem Werthe ist, ergiebt sich aus dem vorher Bemerkten. Diesen Werth aber wird es auch nach der Neugestaltung unseres Civilrechts behalten, wie für den Rechtshistoriker so auch für den praktischen Juristen. Und für den letzteren nicht nur, wie Roth meint, weil ihm noch für längere Zeit die Kenntniß des früher geltenden Rechts erforderlich sein wird, sondern doch auch deshalb, weil ein nicht geringer Theil der in dem Werke zu behandelnden Lehren von dem Civilgesetzbuch gar nicht berührt werden, vielmehr auch fernerhin unter der Herrschaft des Partikular-, bezw. des Spezialrechts stehen wird.

Das ganze System des Civilrechts soll zur Darstellung kommen und zwar in Theil 1 Rechtsquellen und Lehre von den Rechtsverhältnissen, 2 Familienrecht, 3 Sachenrecht, 4 Erbrecht, 5 Obligationenrecht, welches letztere Roth im „Bayrischen Civilrecht" von der Behandlung noch aus-

geschlossen hatte. Im Uebrigen ist genanntes Werk für die Darstellung, die Gliederung des Stoffs, insbesondere für die Methode vorbildlich gewesen.

Der vorliegende erste Band behandelt in § 1 das, was in anderen Büchern als Begriff, Prinzip und Methode des deutschen Privatrechts bezeichnet ist: — sehr kurz, wenn man z. B. vergleicht, wie eingehend die hierher gehörigen wichtigen Fragen von Beseler, Gerber und Stobbe erörtert sind. Dann folgt — wie schon erwähnt, die Hälfte des ganzen Bandes umfassend — die Quellengeschichte, für die ältere Zeit regelmäßig in Anlehnung an das bekannte Werk des eben genannten Schriftstellers. Weiter §§ 42—51: Theorie der Rechtsquellen, (Gesetz, Autonomie, Gewohnheitsrecht, Praxis, Privilegien? — Nachweis und Auslegung, — zeitliche und örtliche Grenzen der Anwendung des Rechts) und §§ 52—57: Literatur. Der hieran sich schließende erste Theil des Systems behandelt die Rechtsverhältnisse: 1. Personen, 2. Sachen, 3. von den Rechten; dieser letztere Abschnitt soll etwa entsprechen dem 3. Kapitel des 2. Buchs in Windscheid's Pandekten (§§ 63—136), aber der Verfasser verweist die ganze Lehre von den Rechtsgeschäften, vom unerlaubten Verhalten und von der Befristung in das Obligationenrecht, und die von der Wirkung der Eintragung in die öffentlichen Bücher in das Sachenrecht: er handelt daher hier nur von den Arten der Rechte, dem Einfluß der Zeit auf Entstehung und Beendigung derselben (Berechnung, — Anspruchsverjährung, — unvordenkliche Zeit), dem Schutz der Rechte und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Eine rasche Fortführung des Werks ist als gesichert anzusehen.

Der Inhalt dieses ersten Bandes deckt sich mit demjenigen des Handbuchs von Stobbe Bd. I. und es liegt nahe, die Darstellung der gleichen Lehren bei beiden Schriftstellern zu vergleichen. Ich muß es mir aber für die Besprechung späterer Fortsetzungen vorbehalten, das Verhältniß des Roth'schen Werkes zu anderen Gesammtdarstellungen des deutschen Rechts, insbesondere zu der von Stobbe, zu erörtern, und beschränke mich zum Schluß dieser wohl ohnedies schon zu ausgedehnten Anzeige auf eine einzige Bemerkung. Wie gegen die Methode, welche Roth eingeschlagen, überhaupt Bedenken erhoben werden können, so insbesondere auch gegen die Anwendung derselben auf einzelne der hier behandelten Lehren. Man wird finden, daß sich der Verfasser doch oft allzu sehr auf die Darstellung der Grundzüge beschränkt und namentlich die eingehende Erörterung schwieriger kontroverser Fragen vermeidet. Dies zeigt sich gleich zu Anfang des Werkes — Existenz, Erkennbarkeit und Anwendbarkeit des deutschen Privatrechts —, wo meines Erachtens eine gründlichere Auseinandersetzung mit abweichenden Anschauungen geboten gewesen wäre. Außerordentlich knapp ist ferner § 43 über die Autonomie; hier hätten die Ansichten von Wilda und Gerber dargestellt und widerlegt werden sollen, auch durften die Ausführungen von Böhlau: Mecklenburg. Landrecht I. 352 nicht unberücksichtigt bleiben. Größere Ausführlichkeit wäre meines Erachtens auch bei der Lehre von den juristischen Personen nothwendig und was die deutschrechtlichen Genossenschaften anbetrifft, so hat der Verfasser von denselben freilich in einer be-

sonderen Schrift gehandelt, aber man hätte dennoch auch im Zusammenhange des vorliegenden Werks ein Mehreres über die viel erörterte Frage erwartet, als der Verfasser in der kurzen Note S. 412 darüber sagt.

So ließe sich noch mancherlei in verschiedenen Beziehungen ausstellen. Aber das Gesammturtheil über die außerordentliche Nützlichkeit und den dadurch begründeten hohen Werth des ganzen Unternehmens wird durch den Nachweis einzelner Mängel nicht beeinträchtigt, und so darf ich es wohl unterlassen, das, was mir von solchen sonst noch aufgefallen, hier hervorzuheben. Ich halte es auch für wissenschaftliche Werke mit dem Satze:

Verum ubi plura nitent in carmine, non ego paucis
Offendar maculis, quas aut incuria fudit
Aut humana parum cavit natura.

Tübingen 1880. Professor Franklin.

---

## 24.

**Deutsches Patentrecht** von Dr. Josef Kohler. Mannheim und Straßburg. Verlag von J. Bensheimer. 1878.

Mit dem Reichspatentgesetze vom 25. Mai 1877 hat das im gesammten deutschen Reiche geltende Urheberrecht seinen Abschluß erlangt. Daß ein so wichtiges Gebiet des modernen Rechtes Gegenstand einer eingehenderen wissenschaftlichen Bearbeitung werden mußte und geworden ist, findet in der Natur der Sache seine Erklärung. Wir freuen uns, das juristisch gebildete deutsche Publikum auf das uns zur Beurtheilung vorliegende Werk als auf eine durch umfassende und geistvolle Bearbeitung des Stoffes die Aufmerksamkeit und Beachtung im höchsten Grade in Anspruch nehmende Erscheinung hinweisen zu können. Ein gedrängtes Resümé des Werkes wird dieses Urtheil rechtfertigen.

Der Verfasser behandelt den Gegenstand systematisch in zwei Haupttheilen, dem materiellen und dem formellen Patentrechte. Dem ersten Theile ist eine Einleitung vorausgeschickt, in welcher in kurzen scharfen Umrissen die Natur und das Wesen des Urheberrechts von philosophischen, juristischen und nationalökonomischen Gesichtspunkten aus gezeichnet werden. Bezüglich des juristischen Gesichtspunktes steht Kohler im Widerspruche mit Klostermann auf dem Standpunkte der meisten Rechtslehrer, nach welchem die Urheberrechte eine besondere Art von Privatrechten sind, welche zwar sich weder unter die Kategorien des Sachenrechts noch des Obligationenrechts bringen lassen, doch ein übertragbares subjektives Recht des Urhebers begründen. Vom philosophischen Gesichtspunkte aus verweist er auf die zutreffenden Ansichten Schopenhauers und vom nationalökonomischen Gesichtspunkte widerlegt und verwirft er die Ansichten, welche durch den Schutz des Urheberrechts die wirthschaftliche Wohlfahrt und die geistige, künstlerische und industrielle Fortentwicklung im Allgemeinen dem Interesse Einzelner gegenüber gefährdet glauben.

## A. Das materielle Patentrecht.

I. Der Verfasser behandelt zunächst die Voraussetzungen des Patentrechts an der Hand der Begriffe Erfindung, Neuheit, zeigt, wie das deutsche Gesetz zwar eine fixe Karakteristik der Neuheit, aber allerdings nur in negativer Fassung giebt, indem eine Erfindung nicht als neu gilt, wenn sie zur Zeit der Anmeldung 1) in öffentlichen Druckschriften bereits beschrieben, oder 2) im Inlande (im Gegensatze zum französischen Rechte) offenkundig benutzt worden ist.

II. Das Resultat, welches die Erfindung ergiebt, muß die Befriedigung eines menschlichen Bedürfnisses sein. Das Bedürfniß muß ein in thesi vernünftiges sein, ohne daß es übrigens wichtig, bedeutsam, schwerwiegend zu sein braucht. Die Erfindung muß auch eine gewerbliche Ausbeutung zulassen, sie muß entweder nach der Seite der Herstellung oder nach der Seite des Gebrauchs gewerblich verwendbar sein.

III. Das Erfinderrecht entsteht nicht erst mit der Ertheilung des Patents; es ist kein von der Allgewalt des Staats ertheiltes Privileg; vielmehr entsteht das Erfinderrecht mit der Erfindung. Die deutsche Gesetzgebung läßt, wie die amerikanische, die Prätention des Anmelders zuerst die causae cognitio der Staatsbehörde passiren und giebt dieser Behörde die Macht, eine Prätention als unbegründet auszuschließen, wenn es derselben an den gesetzlichen Voraussetzungen fehlt.

Das Erfinderrecht hat eine positive und eine negative Seite; eine positive, sofern das Recht durch Ertheilung des Patents zur Vollwirksamkeit erwachsen kann; eine negative, sofern der Berechtigte einem Patente entgegentreten kann, welches ein Dritter impetriren will oder impetrirt hat, wenn dieser Dritte oder sein Rechtsvorgänger die Erfindung von dem Erfindungsberechtigten oder von dessen Rechtsvorgänger entlehnt hat. Der Erfindungsberechtigte kann daher ein Vollrecht beanspruchen und er kann gegen einen seiner Erfindung entliehenen Patentanspruch sein Veto einlegen, ja das bereits erlangte Patent des Dritten kassiren lassen.

Das erstere dieser Rechte ist aber gebrechlich, weil es vor einer selbst späteren selbständigen Erfindung zurücktreten muß, welche den gleichen Inhalt hat, sofern diese spätere Erfindung vorher angemeldet wird. Es entscheidet sonach die Priorität der Anmeldung. Die letztere ist erst dann erfolgt, wenn sie in allen Stücken den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Wenn die Ergänzung oder Verbesserung in der dem Patentsucher gestellten Frist erfolgt, so bleibt die alte Anmeldung als Anmeldung bestehen und die Verbesserung ist nur ein akzessorisches adminiculum derselben. Es muß daher angenommen werden, daß, falls nur die Frist gewahrt ist, das Datum der unvollständigen Anmeldung entscheidet.

### 1) Inhalt des Patentrechts.

Das Patentrecht ist das Recht der ausschließlichen ökonomischen Verwerthung der Erfindung im Gewerbe. Diese Verwerthung kann in doppelter Weise erfolgen, als Produkt des Gewerbes und als Hilfsmittel des Gewerbes.

Dasselbe legt aber auch dem Patentberechtigten gewisse Pflichten auf. Der Erfinder schuldet dem Publikum eine loyale Behandlung der Erfindung, welche mit der verkehrsüblichen Pflege seines Interesse die Interessen der Allgemeinheit wahrnimmt.

Die erste Pflicht des Erfinders, eine Pflicht, welche bereits im Stadium der Patentanmeldung eintritt, ist die Pflicht rückhaltloser Offenheit, die Pflicht loyaler Klarlegung seiner Erfindung. Zur vollen klarlegenden Karakteristik gehört es, daß der Nerv von dem Beiwerke geschieden, daß das neue Prinzip von den Zufälligkeiten der konkreten Gestaltung abgelöst wird. Daher muß das Neue, was die Erfindung bietet, und das Alte, was bereits vorhanden ist, sorgfältig auseinander gehalten werden.

Eine zweite Pflicht des Patentberechtigten ist die der loyalen Ausführung der Erfindung, unter thunlichster Berücksichtigung der Interessen der Gesammtheit. Eine Pflichtverletzung liegt daher zunächst vor, wenn der Patentberechtigte die Erfindung gar nicht zur Ausführung bringt; wenn er sie etwa nur erwirbt, um seine seitherige Industrie von einer gefährlichen, sie vielleicht überholenden Konkurrenz zu retten. Aber auch das ist eine Pflichtwidrigkeit, wenn der Erfinder zwar den Konsumenten genugthut, die Produzenten aber ganz unberücksichtigt läßt.

Die Ausführung kann durch den Patentinhaber und durch Dritte geschehen, welche er zur Benutzung der Erfindung berechtigt. Diese Gestattung heißt bekanntlich Lizenz. Es ist das Verdienst der Reichstagskommission, durch Aufnahme des öffentlichen Interesse in den Gesetzestext (§ 11 Z. 2) in völlig klarer Weise den unbedingten Lizenzzwang abgewiesen und dem subsidiären, beschränkten Lizenzzwange Aufnahme verschafft zu haben.

## Kollision des Patentrechts.

Das Recht kann nicht nur in sich selbst, in seiner bestimmungsgemäßen Natur seine Schranken finden, sondern auch in einem zweiten Rechte, welches dahin strebt, dasselbe Gebiet, wie das erste, ganz oder theilweise zu beherrschen. Das ist der Fall der Kollision der Rechte.

Das Patentrecht kann kollidiren mit einem zweiten Patentrechte gleichen Inhalts. In diesem Falle bestehen zwei von einander unabhängige Berechtigungen; jeder darf die Erfindung in vollem Maße zur Ausführung bringen, er darf sein Recht ganz oder theilweise auf Andere übertragen, er darf Dritten auch die bloße Ausübung des Rechts überlassen, ohne daß in allen diesen Punkten sein Gegner Widerspruch erheben dürfte. Dagegen hat jeder unabhängig das Recht, einen Dritten, welcher sich nicht auf die Rechtsübertragung oder Lizenzgestattung des einen oder anderen berufen kann, selbständig zu verfolgen, ihm die weitere Ausübung zu verbieten und entsprechenden Falls den Ersatz seines Interesses zu verlangen, — aber auch nur seines Interesses, dem Andern bleibt die Klage auf den Ersatz seines Interesses vorbehalten.

Die Gleichberechtigung eines Andern ist nicht von Amtswegen, sondern auf Antrag, ope exceptionis, zu berücksichtigen.

Ein zweiter Fall der Konkurrenz findet statt, wenn neben einem Reichs-

patente ein Landespatent bestehen bleibt (§ 42 Abs. 2 des Gesetzes). In diesem Falle tritt das Reichspatent im Geltungsbereiche des Landespatents hinter diesem letztern zurück und wird nur wirksam, soweit dieses letztere nicht wirksam ist oder wirkungslos wird.

Eine dritte und äußerst wichtige Kollision findet endlich statt zwischen dem Patentberechtigten und demjenigen Erfindungsberechtigten, dessen Recht durch die Aufrichtung des Erfindungsgewerbes die bereits oben beschriebene Widerstandskraft erlangt hat. Die Kraft dieses Widerstandes ist die, daß der bisherige Gewerbsbetrieb innerhalb der durch die seitherigen objektiven Maßnahmen abgesteckten Grenzen freigehalten werden muß; das begonnene Gewerbe, aber auch nur dieses soll unter dem Patente respektirt werden. Zunächst kann es nicht bezweifelt werden, daß es zu ganz unhaltbaren Konsequenzen führen würde, wollte man es dem seitherigen Benutzer gestatten, die Ausbeutung im größten Umfange zu betreiben, Lizenzen zu ertheilen x., wodurch das Recht des Patentinhabers lahm gelegt würde. Muß daher dem Benutzer eine Schranke gesteckt werden, so kann es nur die vernünftige und naturgemäße Schranke des gegenwärtigen Besitzstandes sein. Das gemeinsame Prinzip der §§ 5 und 42 des Gesetzes spricht § 44 nur mit größerer Bestimmtheit aus.

Das Recht der Benutzung ist weder an die Person des seitherigen Benutzers, noch an sein Etablissement geknüpft. Nach seinem Tode geht es auf seine Erben über; der Benutzer kann sich mit einem Dritten assoziiren, er kann auch das Benutzungsrecht an Dritte übertragen. Nur darf in allen Fällen das Maß des Gewerbebetriebs nach den früheren Verhältnissen und innerhalb der durch die früheren Gewerbsanlagen gesteckten Grenzen nicht überschritten werden.

Auch diese Schranke des Patentrechts ist, wie die beiden vorigen, nicht eine Verminderung des Rechts, sondern nur eine Behinderung seiner naturgemäßen Spannkraft, daher dieselbe nicht ipso jure, sondern nur ope exceptionis berücksichtigt werden kann.

## 2) Träger des Patents.

### a) Voraussetzungen des Patentrechts.

Träger eines Patents kann jeder Rechtsfähige sein, Inländer wie Ausländer, ohne daß die Reziprozität vorausgesetzt würde. Anders verhält es sich bezüglich der Ausübung des Rechts, sei es vor dem Patentamte, sei es vor einer andern inländischen Behörde. Im Interesse der Geschäftserleichterung ist vorgesehen, daß der im Auslande Wohnende, mag er ein Inländer oder Ausländer sein, zu den die Ertheilung oder die Ausübung des Patents betreffenden gerichtlichen oder administrativen Schritten nur dann zugelassen wird, wenn er einen im Inlande wohnenden Vertreter mit einer bestimmt normirten Vollmacht aufgestellt hat. Der Vertreter ist zunächst Insinuationsmandatar für die an den Berechtigten zu machenden Zustellungen (C.P.O. § 160 Abs. 2). Allein der Vertreter muß außerdem legitimirt sein:

1) zu allen im Gesetze bezeichneten Akten vor dem Patentamte, handle es sich um die Erlangung des Patents, um die Einsprache gegen ein an-

deres Patent, um die Aufrechterhaltung des eigenen Patents gegen einen Revokations- oder Kassationsantrag oder um die Geltendmachung der Erfindung zur Kassirung eines fremden Patents;

2) zu allen das Patent betreffenden Civilrechtsstreitigkeiten, sei es, daß der Berechtigte als Kläger oder als Beklagter auftritt; und nicht nur in denjenigen Prozessen, in welchen das Patent gegen den unbefugten Eingriff eines Dritten geltend gemacht werden soll, sondern auch zu denjenigen, in welchen es sich um die Abtheilung des Patents unter Mehreren handelt u. s. w.; ferner zu den Entschädigungsprozessen, welche sich infolge der Expropriation entspinnen;

3) endlich auch zur Vertretung in dem administrativen Expropriationsverfahren, da auch dieses lediglich ein nach Maßgabe des Patentgesetzes eintretendes Verfahren ist.

Innerhalb dieser Schranken muß die Vollmacht eine völlig freie sein, sie darf nicht für gewisse Fälle limitirt, an eine besondere Zustimmung, Spezialvollmacht 2c. geknüpft sein.

b) Voraussetzungen des Erwerbs.

Der Erwerb des Patentrechts kann ein originärer oder translativer sein, je nachdem der Erwerber den Rechtsstoff erst schafft oder den von einem Andern geschaffenen übernimmt. Minorennität ist ebensowenig ein Hinderniß des Erwerbs als der Stand der Ehefrau in den Ländern, wo derselbe eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit herbeiführt. Auch ein Gantmann kann ein Erfinderrecht und ein Patent erwerben, dies um so mehr, als ein solcher nicht einmal handlungsunfähig, sondern nur außer Besitz und Verwaltung seines Vermögens gesetzt ist.

Ein translativer Erwerb ist sofort möglich, sobald ein von der Person des Erfinders abscheidbarer Rechtsstoff vorhanden ist; das kann bereits im Stadium des nackten Erfinderrechts stattfinden; es kann stattfinden im Stadium des Ausführungsbesitzes; noch vielmehr aber nach der Patentertheilung. Im ersten Stadium hat die Sache ihre Schwierigkeiten, weil der Moment zu bestimmen ist, in welchem das Recht aufhört, ein bloß subjektives, persönliches Recht der Ideenbethätigung zu sein, und zum übertragbaren Vermögensrechte wird. Die Grenze wird mit dem Momente überschritten, in welchem der Erfinder die Erfindung veräußert oder zur Veräußerung anbietet oder die nöthigen Schritte thut, um ein Patent zu erwirken; denn mit diesen Akten tritt der Erfinder aus sich selbst heraus; mit diesen erklärt er in objektiver Weise, daß die Erfindungsidee nicht mehr das unabtrennbare Attribut seiner Persönlichkeit, sondern ein mit seiner Persönlichkeit nur durch die Beziehung des Rechtssubjekts zum Rechtsobjekt verknüpftes Vermögensrecht sein soll. Ferner beginnt das Vermögensrecht nothwendig dann, wenn die Erfindung durch äußere Ereignisse von der Person losgelöst wird, so bei der Okkupation eines Dritten, so insbesondere bei dem Tode des Erfinders, wo das Recht erlöschen müßte, wenn es ein bloßes Persönlichkeitsattribut bleiben würde.

c) Die verschiedenen Arten der Berechtigung.

Die normale Berechtigung ist die Vollberechtigung. Nun kann aber der originäre wie der derivative Erwerb von Mehreren in der Art geschehen, daß einem Jeden ein Anrecht an dem ganzen Patente zusteht und daß nur, weil die volle wirthschaftliche Nutzkraft des Patents nur einmal ausgebeutet werden kann, diese wirthschaftliche Nutzkraft sich unter die Mehreren vertheilt. Es entsteht hier ein Verhältniß analog dem Miteigenthume.

Wie bei fast allen derartigen Verhältnissen, kann jeder Mitberechtigte die Theilung verlangen. Ein Vertrag, wodurch die Theilung aufgehoben wird, ist kein obligatorischer, sondern ein dinglicher, hier quasi-dinglicher Akt, daher auch der Rechtsnachfolger daran gebunden ist. Ebenso verhält es sich mit der für die Zeit der gezwungenen Gemeinschaft stattfindenden Regelung des Genusses; auch diese Regelung ist ein quasi-dinglicher Akt und bindet die Rechtsnachfolger.

Die Theilung kann in der Weise geschehen, daß das Recht gleichsam nach seiner wirthschaftlichen Nutzkraft gespalten und einem jeden Mitberechtigten ein entsprechendes Stück zugewiesen wird; dies kann in verschiedener Art vor sich gehen; entweder so, daß die Erfindung nach ihren technischen Vortheilen zerlegt wird, indem jeder eine bestimmte Branche der Erfindungsausnützung oder die Erfindungsausnützung in einem bestimmten Industriezweige übernimmt; oder so, daß die Ausbeute nach den verschiedenen lokalen Distrikten oder nach Zeitperioden abgetheilt wird; endlich so, daß einem jeden die Vollbenutzung der Erfindung zugestanden wird mit der Maßgabe, daß er die gleiche Vollbenutzung des Andern zu dulden hat.

Eine Versteigerung und Adjudikation der Erfindung wird nur dann nöthig sein, wenn die Parteien ihren Willen dahin objektiviren, daß nur eine Totalausübung, keine partielle stattfinden soll. Eine solche Untheilbarkeitsetzung wird nun insbesondere anzunehmen sein, wenn Jemand die Erfindung in eine Gesellschaft eingebracht hat, wobei als die objektiv geäußerte Absicht der Parteien anzusehen ist, daß die Erfindung trotz des Miteigenthums in einheitlicher Weise ausgebeutet wird.

Wie nun aber eine Vollberechtigung Mehrerer am Patente möglich ist, so auch eine Vollberechtigung des Einen in Verbindung mit einer beschränkten Berechtigung des Andern. Es ist daher ein Verhältniß möglich, ähnlich dem zwischen Eigenthum und Servitut; nur daß nach der Verschiedenheit der wirthschaftlichen Ausbeute natürlich auch eine verschiedene Gestaltung solcher beschränkter Rechte stattfindet.

Eine Rechtsbildung nun haben die Immaterialrechte mit den dinglichen Rechten gemein: das zeitweilige Recht des vollen Genusses aller normalen wirthschaftlichen Ergebnisse des Rechtsgutes, des Usufruktus.

Der Usufruktuar steht zum Patentrechte in einem analogen Verhältnisse, wie entsprechenden Falles zum Eigenthume; er hat einen analogen Kreis von Rechten und Pflichten. Er darf das Gut unter thunlichster Aufrechterhaltung künftiger Genußmöglichkeit nach allen Richtungen hin verwerthen; er darf die Verwerthung ganz oder theilweise Dritten überlassen. Er hat aber auch dem Vollberechtigten für die entsprechende Diligenz zu

haften; speziell im Patentrechte hat er einzustehen für die Zahlung der Patentabgaben, für gehörige Benutzung im Inlande und für entsprechende Vertheilung von Lizenzen.

Mit dem Erlöschen des Usufruktus erlangt das Vollrecht sofort wieder seine volle Spannkraft. Ein Erlöschen tritt insbesondere ein durch Zeitablauf, durch den Tod des Usufruktuars.

Mehrere Usufruktuare stehen zu einander in dem eigenthümlichen Verhältnisse der Akkreszenz (D. de usufr. accres. (7, 2).

Aehnlich dem dinglichen Usufruktuar steht auch dem Nießbraucher eines Immaterialrechts gegen die Vindikation des Vollberechtigten die exceptio zu.

Analog der Nutznießung ist das Nutzungsrecht einer Gesellschaft, in welche das Patentrecht dem Genusse nach inferirt worden ist. Hier dauert das Recht so lange, als die Gesellschaft dauert; mit deren Auflösung erlangt das Vollrecht des Inferenten wieder seine ungeschmälerte Entwickelung, der Genuß fällt ipso jure zurück. Anders wäre der Fall, wenn das Erfinderrecht vor der Patentirung zum Genuß in die Gesellschaft eingebracht und dieser das Recht gegeben worden wäre, auf ihren Namen ein Patent zu erwirken. In diesem Falle wäre die Gesellschaft Vollberechtigte, die Gesellschafter wären aber obligatorisch verpflichtet, das Patentrecht bei der Auflösung auf den Inferenten zurückzuübertragen, da dieser sich des Erfinderrechts nur für die Dauer der Gesellschaft entäußern wollte.

Ein geringeres quasi-dingliches Recht, aber doch ein quasi-dingliches Recht ist das des Permissionars oder Lizenzberechtigten. Der Lizenzberechtigte hat ein Recht der Ausübung, allein kein Recht der ausschließlichen Ausübung; er steht demjenigen gleich, welcher über ein fremdes Grundstück gehen, aber keinem verbieten darf, gleichfalls zu gehen. Dabei tritt die Eigenthümlichkeit ein, daß bei derartigen dinglichen Rechten wegen der natürlichen Begrenztheit der Nutzkraft körperlicher Objekte die Zahl der Benutzer regelmäßig nicht eine gewisse Höhe überschreiten kann, während bei den Immaterialrechten die Zahl der Ausübenden in thesi eine unbegrenzte ist; daher die Berechtigung des Einen keine Schranke ist für die Berechtigung des Andern. Die etwaige Schmälerung des Gewerbebetriebs durch Konkurrenz ist nur eine faktische Schmälerung, welche den juristischen Kern des Gewerberechts nicht berührt.

Der Lizenzberechtigte erhält ein Ausübungsrecht in bestimmtem oder unbestimmtem Umfange; dieses Recht ist nicht an seine Person geknüpft; vielmehr geht es auf die Erben über und kann es an Dritte veräußert werden. Eine Lizenz kann ebenso wie eine Servitutenausübung auch bloß precario gestattet werden.

Eine eigenthümliche Gestaltung der Lizenz tritt bei denjenigen Industrieprodukten ein, an welchen ein exklusives Gebrauchsrecht des Patentinhabers begründet ist, also bei den Maschinen, Geräthen u. s. w. im Sinne des § 4 Abs. 2 des Ges. Während nämlich die Veräußerung eines Kunstwerks noch keine Uebertragung des entsprechenden Urheberrechts enthält, so liegt in der Veräußerung eines derartigen Industrieprodukts von Seiten des Berechtigten im Zweifel die Gestattung jeder bestimmungsge-

mäßen Benutzung; daher insbesondere auch die Gestattung des durch das Patent vorbehaltenen Gebrauchs desselben.

Diese Lizenz ist dadurch eigen geartet, daß sie mit dem betreffenden Geräthe verknüpft ist, daher dieses, aber auch nur dieses benutzt werden darf. Mit seinem Untergange geht auch die Lizenz unter. Dagegen ist die Reparatur des Geräths insoweit, als nicht ein Patent mit Herstellungsverbot entgegensteht, gestattet und ist es gestattet, das reparirte Geräthe zu benutzen; ebenso wenn die Maschine auseinandergelegt und wieder zusammengefügt worden ist; nur dann, wenn die Auseinanderlegung mit der objektiv erkennbaren Absicht der anderweitigen Verwendung des Materials erfolgt wäre, würde das Lizenzrecht erlöschen, denn die zusammengesetzte Sache wäre sodann eine andere Sache.

Die dem Käufer ertheilte Lizenz kann auch hier im Zweifel keine persönliche sein; vielmehr ist anzunehmen, daß der Veräußerer jedem künftigen Eigenthümer den bestimmungsgemäßen Gebrauch gestatten wollte. Der Nachdruck liegt hier auf den Worten: jedem Eigenthümer, nicht dem Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers, da nach dem Grundsatze: Hand muß Hand wahren, vielfach ein Dritter entweder wirklicher Eigenthümer wird oder wie ein Eigenthümer behandelt wird, der nicht der Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers ist. Es ist aber die der Absicht des Verkehrs allein entsprechende Anschauung, daß in diesen Fällen das Recht an der Sache und das Gebrauchsrecht immer untereinander verbunden sein sollen, da ja weder das Eigenthum ohne das Gebrauchsrecht, noch das Gebrauchsrecht ohne Recht an der Sache irgendwie nützlich sein können.

Dies alles gilt aber nur dann, wenn der Patentberechtigte durch die vorbehaltlose Veräußerung eine entsprechende Lizenz ertheilt hat; es gilt aber nicht dann, wenn eine Veräußerung des Patentberechtigten gar nicht vorliegt, sondern die Sache demselben gestohlen oder unterschlagen worden ist.

Auch dann verhält sich die Sache anders, wenn der Patentinhaber bei der Veräußerung nur eine beschränkte Lizenz ertheilt hat. Während es nämlich keinen Sinn hat, das Geräthe zu verkaufen und kein Gebrauchsrecht zu gestatten, so hat es guten Sinn, das Geräthe zu verkaufen und nur ein beschränktes Gebrauchsrecht zu gestatten. Die Beschränkungen können der verschiedensten Art sein, die Benutzung kann ausdrücklich auf die Person gestellt, sie kann nur innerhalb bestimmter, örtlicher und zeitlicher Grenzen gestattet, an die Erfüllung von Auflagen aller Art geknüpft werden. In allen diesen Fällen ist nicht nur der erste, sondern jeder künftige Erwerber an diese Schranken gebunden, denn er kann ein Gebrauchsrecht nicht aus dem Eigenthume der Sache, sondern nur aus der Lizenz ableiten und diese ist eben im besonderen Falle nicht jedem Eigenthümer, sondern nur einem solchen gestattet, in dessen Person gewisse beschränkte Voraussetzungen zutreffen.

Eine gleichartige Lizenz kann auch in der Verpfändung der Geräthschaften von Seiten des Patentberechtigten enthalten sein; hier hat der Gläubiger und Pfandnehmer kein Gebrauchsrecht, wenn ihm dasselbe nicht ausdrücklich zugestanden worden ist. Wohl aber ist ihm mit der Verpfän-

dung das Recht gegeben, nicht nur die körperliche Sache zu verkaufen, sondern auch dem Käufer und jedem Eigenthumserwerber die Gebrauchslizenz zu gewähren.

Das Recht zu dieser Lizenzgewährung ist vom Moment der Pfandbestellung an ein unentziehbares Recht des Pfandgläubigers, welches demselben verbleibt, auch wenn der Patentberechtigte etwa in der Zwischenzeit sein Patent an Dritte veräußern würde, da das einmal begründete quasi-dingliche Recht des Pfandgläubigers durch spätere rechtliche Verfügungen des Pfandgläubigers nicht berührt wird.

Anders, wenn in der Pfandkonvention bedungen würde, daß bei dem Pfandverkauf nur eine beschränkte Lizenz gewährt werde, denn in diesem Falle hätte der Gläubiger nur die Rechtsmacht, die beschränkte Lizenz zu gestatten, und könnte der Pfandkäufer oder der künftige Eigenthümer der Sache nur diese beschränkte Lizenz in Anspruch nehmen; der Pfandgläubiger, welcher bei der Pfanddistraktion es unterließe, dies dem Publikum anzuzeigen, würde wegen Eviktion haftbar sein.

Sollte übrigens dem Gläubiger auch die Befugniß zu einer unbeschränkten Lizenzgewährung im Pfandvertrag ausdrücklich oder stillschweigend eingeräumt worden sein, so könnte der Pfandschuldner dann eine Versteigerung mit beschränkter Lizenzgewährung, ja sogar eine Versteigerung ohne Lizenz oder eine Versteigerung des bloßen Materials der zergliederten Maschine begehren, wenn es sicher ist, daß der Gläubiger hieraus vollständig befriedigt wird.

Eine derartige an das einzelne Geräthe geknüpfte Gebrauchslizenz kann aber nicht nur von dem Pfandberechtigten, sondern auch von demjenigen, welcher kraft einer vom Patentberechtigten ertheilten Lizenz derartige Industrieprodukte fabrizirt, bewilligt werden.

Außerdem kann eine derartige Gebrauchslizenz von demjenigen eingeräumt werden, welchem gemäß § 5 Abs. 1 des Ges. die Herstellung der Industrieprodukte gestattet ist, deren Gebrauch den Schutz des Patentrechts bildet.

Diese Gebrauchsbefugniß bezüglich des einzelnen Arbeitsmittels gründet sich in allen Fällen auf eine Gebrauchsgestattung des Erfindungsberechtigten; sie tritt daher in denjenigen Fällen nicht ein, in welchen das dingliche Recht an dem Arbeitsmittel auf anderen Vorgängen, als auf einer Konstituirung des Erfindungsberechtigten beruht, so insbesondere bei den gesetzlichen Pfändungen und Vorzugsrechten, z. B. bei dem Vorzugsrechte des Vermiethers oder Verpächters, wie dieses in den verschiedenen Rechtsgebieten ausgebildet ist.

Ebenso enthalten die Thatsachen, welche ein Retentionsrecht begründen, keine Gewährung einer Lizenz, daher der Retentionsberechtigte, z. B. der Arbeiter, welcher die Maschine fertigte, dieselbe nicht gebrauchen darf, ohne einen Patentbruch zu begehen. Aber auch im Falle eines kaufmännischen Retentionsrechts im Sinne des Art. 313 a. D.H.G. könnte dem Steigerer der retinirten Waare ein Gebrauchsrecht nicht eingeräumt werden.

Endlich kann auch die Exekution auf ein derartiges Arbeitsmittel kein

Gebrauchsrecht herbeiführen, sofern nicht eine Exekution auf das Patentrecht in größerem oder geringerem Umfange mit verbunden wird.

Was das Pfandrecht am Patent betrifft, mit welchem die Rechte des exequirenden und der Konkursgläubiger verwandt sind, so besteht das Wesen des Pfandrechts in dem Rechte des Gläubigers, ein bestimmtes wirthschaftliches Gut zur Befriedigung seiner Forderung zu verwerthen. Im gemeinen und modernen Rechte ist dasselbe in der Weise entwickelt, daß mit der Pfandbegründung eine unantastbare Gebundenheit der Sache zu Gunsten des Gläubigers eintritt, so daß das Verwerthungsrecht durch weitere Maßnahmen des Eigenthümers der Sache nicht berührt wird, während, abgesehen hiervon, das Eigenthum des Pfandbestellers in seiner vollen Kraft und Wirkung bleibt; das Pfandrecht ist zum eigenthümlichen Rechte an der Sache, jus in re aliena, geworden, welches das Eigenthum nicht konsumirt, aber wie eine dauernde Krisis über ihm schwebt, bereit, zur rechten Zeit ein Eigenthum, wie es zur Zeit der Pfandbestellung existirte, in der Person des Pfandkäufers zu begründen unter voller Ignorirung der unterdessen von dem Eigenthümer getroffenen Verfügungen.

Analog muß nun auch das Pfandrecht an den Gütern des Urheber- und Erfinderrechts konstruirt werden; nur ist es kein dingliches, sondern ein quasi-dingliches Recht; es verhält sich zum Urheber- und Erfinderrechte, wie das dingliche Pfandrecht zum Eigenthum.

Das Pfandrecht ist nach Analogie der Pfandrechte an körperlichen Mobilien zu behandeln.

Dem Pfandrechte analog ist die Stellung des exequirenden Gläubigers zum Exekutionsobjekte. Daß das Patentrecht auf dem Wege der Zwangsvollstreckung für die Gläubiger verwerthet werden kann, ist einem Zweifel nicht unterworfen. Die deutsche C.P.O. bestimmt in § 709, daß der Gläubiger mit der Pfändung von beweglichen Sachen ein Pfandrecht an dem Exekutionsobjekte erwerbe. Dieses Pfandrecht steht in seiner Wirkung einem konventionellen Pfandrechte gleich, es bewirkt eine sofortige Verfangenheit zu Gunsten des Gläubigers, was zur Folge hat, daß die späteren Pfandrechte später exequirender Gläubiger ihm nachstehen.

Die Pfändung gilt mit dem Momente als erfolgt, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist.

Die Verwerthung dieses gerichtlichen Pfandes kann nur durch richterliche Hilfe geschehen. Sie erfolgt in regelmäßigen Fällen durch Versteigerung, wobei es jedoch dem Gerichte überlassen bleibt, auf Antrag einen anderen geeigneten Verwerthungsmodus zu bestimmen. Insbesondere kann statt einer zwangsweisen Uebertragung des Patentrechts eine zwangsweise Lizenzgewährung eintreten.

Das Erfinderrecht ist aber bereits vor der Patentertheilung möglicher Gegenstand der Exekution, indem es in einer der oben beschriebenen Weisen vom Individualrechte zum Vermögensrechte übergegangen ist.

Ist das Recht bereits im Momente der Ganteröffnung patentirt, so

kann das bereits bestehende Patentrecht von den Gläubigern zur Befriedigung verwendet werden.

Fraglich ist es aber, ob unter der einen oder anderen Gesetzgebung die Gläubiger eine noch nicht patentirte Erfindung, welche sie bei dem Kridar vorfinden, patentiren lassen können. Diese Frage ist zu bejahen, wenn das Erfinderrecht im kritischen Momente bereits in das Stadium des Vermögensrechts übergegangen ist.

d) Wirthschaftliche Grundlage der Patentübertragung.

Der Verkäufer eines Patents muß im Zweifel für die rechtliche Existenz der Patentberechtigung einstehen, denn in diesem Falle ist die Erfindung eine res communis omnium, der Kauf nichtig, eine Eviktionsverbindlichkeit des Verkäufers dann begründet, wenn der Käufer in bona fide war, wie das bereits früher bei Gelegenheit der Besprechung des unpatentirten Erfinderrechts auseinandergesetzt worden ist.

Ist dagegen das Erfinderrecht nur auf Anfechtung eines Dritten vernichtbar, so ist eine Eviktionsleistung jedenfalls dann begründet, wenn eine derartige Anfechtung mit Erfolg durchgeführt wird; eine solche Anfechtung steht der Eviktion gleich; ob aber auch bereits im Hinblick auf die Möglichkeit dieser Eviktion eine Aufhebung der faktischen Folgen des Geschäfts und ein Recht des Regresses begründet ist, hängt davon ab, ob die Gesetzgebung bereits im Falle dieses vitium in jure dantis eine Aufhebung der Wirkungen des Geschäfts und einen Regreß zuläßt, oder ob sie verlangt, daß infolge dieses vitium eine wirkliche Entwehrung stattgefunden hat.

Ganz ähnlich ist der Fall zu behandeln, wenn das Patentrecht zwar besteht, aber nicht dem Verkäufer, sondern einem Dritten angehört. Denn liegt hier der Verkauf einer fremden Sache in aller Form vor, und müssen daher die desfallsigen gesetzlichen Bestimmungen in Anwendung kommen.

Eine Haftung kann aber auch dann eintreten, wenn zwar die Grundberechtigung des Verkehrs vorhanden ist, derselben aber die Rechte Dritter entgegenstehen, wenn also das Patentrecht mit Rechten Dritter belastet ist. Unzweifelhaft gilt dies vom Ususfruktus.

Nicht so einfach liegt die Sache im Falle bloßer Lizenzgewährung. Hier muß unterschieden werden zwischen solchen Lizenzen, welche der Betrieb des Erfindungsgewerbes naturgemäß mit sich bringt, und zwischen den sonstigen Lizenzen. So kann der Käufer eines für die Herstellung und den Gebrauch von Arbeitsmitteln gewährten Patents nicht reklamiren, wenn der Verkäufer bereits derartige Produkte mit Gebrauchsgestattung veräußert hat. Anders verhält es sich mit sonstigen Lizenzen, deren Gewährung der Käufer nicht voraussetzen kann. Daß hier möglicherweise ein Anspruch auf Reduktion des Kaufpreises, ja auf Aufhebung des ganzen Kaufgeschäfts begründet ist, läßt sich nicht in Abrede stellen; ähnlich wie bei dem Kauf einer Sache, auf welcher Servituten lasten. Jedenfalls wenn sich der Verkäufer in dolo befindet, oder wenn er die Freiheit von Lizenzen besonders garantirt hat. Aber auch in anderen Fällen, wo der Käufer nach den Umständen des Falles eine Freiheit von Lizenzen erwarten durfte, kann eine

derartige Klage begründet sein, welche Klage in allen Fällen eine Eviktionsklage, keine actio aedilicia ist.

Allein nicht nur die Existenz des Rechts kommt in Betracht, sondern auch die Existenz des faktischen Substrats. Ist dasselbe nicht vorhanden, so ist das ganze Geschäft nichtig; eine Interessenhaftung des Verkäufers wird aber hier nur im Falle des dolus und culpa anzunehmen sein, da die Prüfung der faktischen Existenz dem Käufer in viel höherem Grade offensteht, als die Prüfung des Rechtsstandes.

Bei theilweiser Unmöglichkeit bleibt es dem Käufer überlassen, ob er den Kauf mit Abzug am Preise aufrechterhalten oder von demselben zurückgehen will.

Diese Betrachtungsweise trifft auch im Erfinderrechte zu; auch hier ist ein faktisches Substrat vorhanden, die technische Idee, die neue Resultate erzeugende Kombination. Würde diese Kombination gar nicht existiren oder ohne gewerbliche Resultate bleiben, so wäre der Fall einer nichtexistirenden Erfindung gegeben, ebenso der Fall nur einer theilweise existirenden Erfindung, wenn nur ein Theil der Gesammtkombination gewerblich verwerthbar wäre.

Hiermit verwandt ist der Fall, wo eine Sache zwar vorhanden ist, aber nicht mit den Besprechungen des Vertrags übereinstimmt. Gehört die Sache nicht zu dem genus von Dingen, von welchen im Kaufvertrage die Rede war, ist sie eine ganz andere Sache, dann ist das wahre Kaufobjekt nicht vorhanden und der Kauf nichtig, und zwar das obligatorische Geschäft ebenso wie der sukzessorische (dingliche, quasi-dingliche) Vertrag.

Eine derartige Inkongruenz ist im Erfinderrecht noch eher möglich, als im Sachenrecht, da hier die im Verkehre entscheidende gewerbliche Natur der Erfindung viel schwieriger zu beurtheilen ist. Auch hier ist der Vertrag nichtig, wenn eine Erfindung zwar existirt, aber eine ganz andere gewerbliche Bedeutung hat, als im Vertrage vorausgesetzt wurde.

Ganz anders verhält es sich, wenn die Sache zwar zu dem im Vertrage vereinbarten genus gehört, wenn aber die vereinbarten oder verkehrsüblichen Eigenschaften fehlen. Ob ein ganz anderes genus von Sachen oder nur eine andere Eigenschaft vorliegt, ist nach den Begriffen des wirthschaftlichen Verkehrs zu beurtheilen. Im zweiten Falle liegt eine Nichtigkeit des Vertrags nicht vor. Dagegen wird der Verkäufer entweder in der Art verantwortlich gemacht, daß er dem Käufer das volle Interesse vergüten muß, welches dieser an dem Vorhandensein der Eigenschaft hat; oder es tritt nur eine Minderung des Kaufpreises oder eine Rückgängigmachung des Geschäfts nach Maßgabe der ädilitischen Rechtsmittel ein.

Findet auf Grund der Eigenschaftsmängel eine Redhibition statt, so ist die Sache, hier die Erfindung, mit den gezogenen Früchten, also mit den genossenen Vortheilen zu restituiren; insbesondere sind auch die Ansprüche gegen etwaige Verletzer des Erfinderrechts mit abzutreten.

Dem Kauf zunächst verwandt ist die Pacht, indem auch hier Waare und fixer Preis einander gegenüberstehen, jedoch so, daß der Preis nicht für den künftigen Gesammtgenuß der Waare in abstracto, sondern nach Maß-

gabe des dem Pächter vom Verpächter gewährten konkreten Genusses festgesetzt wird. Der Pachtvertrag ist die gewöhnliche Grundlage der Lizenzertheilung.

Ist das Patent absolut nichtig, so ist auch der Pachtvertrag nichtig. Daher kann der Pächter nicht nur die Weiterzahlung des Pachtzinses jederzeit verweigern, sondern auch die bereits gezahlten Pachtzinsen zurückfordern, gleichviel ob der Verpächter in mala fide war oder nicht.

Anders verhält es sich mit der Pachtung eines nur relativ nichtigen Patents und mit der eines giltigen, aber einem Dritten zustehenden Patents. In beiden Fällen ist die Erfindung ein Privatvermögen eines Einzelnen, das eine Mal provisorisch, das andere Mal definitiv; es ist daher auch die Gestattung der Benutzung ein Akt des Privatverkehrs, welcher dem Pächter etwas gewährt, was er nicht schon ohnedies hat.

Allerdings kann nun in diesen beiden Fällen der Pächter vom Pachtgenusse verdrängt werden; bei dem relativ-nichtigen Patente durch die Vernichtung, bei dem fremden Patente durch die Vindikation des Patentinhabers. Mit der Verdrängung aus dem Genusse hört auch die Leistungspflicht des Pächters auf; außerdem ist der Verpächter der Regel nach zur vollen Interesseleistung verpflichtet.

Die Klausel des Pachtvertrags, daß der Patentinhaber keine weiteren Lizenzen ertheilen dürfe, ist nur so weit bindend, als nicht die Ertheilung im öffentlichen Interesse geboten ist; weitergehend würde sie gegen prohibitives Gesetz verstoßen und wäre sie für keinen Theil wirksam.

Von den Veräußerungsgeschäften wesentlich verschieden ist der Gesellschaftsvertrag. Hier findet kein voller wirthschaftlicher Umtausch statt, vielmehr wird ein Gut der Einzelwirthschaft nur deshalb entzogen, um das Objekt einer gemeinschaftlichen Wirthschaft zu bilden, deren Früchte beiden Vertragstheilen zukommen, so daß derjenige, von welchem das Gut ausgeht, mit partizipirt.

Die gemeinschaftliche Wirthschaft kann dem Vermögenskreise der Sonderwirthschaft der einzelnen socii mehr oder minder entrückt werden; dann bildet sie ein Zweckvermögen.

Das Objekt der gemeinschaftlichen Wirthschaft kann entweder die Sache selbst oder nur deren Genuß sein, daher man von einer communio quoad sortem und quoad usum spricht; im letzteren Falle entsteht zu Gunsten der gemeinschaftlichen Wirthschaft, also zu Gunsten der gemeinschaftlich verbundenen Theilhaber ein dem Usufruktus ähnliches Verhältniß; mit dem Erlöschen der Gesellschaft erlischt das besondere Genußrecht und das Eigenthum der Einzelnen wird unbeschränkt.

Ist das Patent absolut nichtig, so ist auch der Gesellschaftsvertrag nichtig, sofern nur das Patent ein nicht völlig nebensächliches Einbringen in die Gesellschaft bilden soll; er ist auch dann nichtig, wenn das Patent noch nicht für nichtig erklärt worden ist, denn die Erfindung ist eine res communis omnium und kann nicht den Gegenstand eines Privatrechts bilden. Ist aber das Patentrecht nur relativ nichtig oder ist es ein giltiges Recht eines Dritten, so ist die Gesellschaft zwar nicht absolut nichtig, es

kann aber der Mangel in ähnlicher Weise geltend gemacht werden, wie beim Kaufe.

Ein weiterer mehr ethischer Grund des Patentübergangs ist das Erbrecht. Hier gelten die Normen des Civilrechts, jedoch mit einer nothwendigen Modifikation (vgl. § 17 des Urheberrechtsges. und § 15 des Kunstwerkges.), daß das Recht bei seinem Heimfallen an den Staat den privatrechtlichen Karakter verliert und zum jus commune omnium wird.

### e) Form der Uebertragung.

Zu den bedeutsamsten Errungenschaften der Neuzeit gehört die Sicherung des gutgläubigen Verkehrs durch die Publizität der Verkehrsgeschäfte. Auch im Gebiete der Immaterialrechte hat die Gesetzgebung mit der Einführung dieses wichtigen Prinzips begonnen; enthalten die Urheberrechtsgesetze nur spärliche und sporadische Bestimmungen, so ist dagegen im Erfinderrechte ein lebensfähiges Institut geschaffen in der Rolle des Patentamts. Der Anfang, der Ablauf, das Erlöschen, die Erklärung der Nichtigkeit und die Zurücknahme des Patents sind in der Rolle zu vermerken und durch den Reichsanzeiger bekannt zu machen; diese Einträge und Publikationen haben jedoch keine civilrechtliche Tragweite, sie sind keine Voraussetzungen der Giltigkeit des Aktes, welchen sie an die Oeffentlichkeit bringen. Nur in Einem Falle ist es darüber hinaus bis zur zweiten Stufe gelangt, zur Deklarirung der Publizität als eines privatrechtlichen Prinzips mit privatrechtlicher Wirkung, nämlich dann, wenn in der Person des Patentinhabers oder seines Vertreters eine Veränderung eintritt (§ 19 Abs. 2 des Ges.).

Dieser zweite Grad des Publizitätsprinzips besteht darin, daß das Sukzessionsgeschäft des publiken Aktes zu seiner Perfektion bedarf; ein Sukzessionsgeschäft ohne diesen Perfektionsakt ist unvollkommen und von unvollkommener rechtlicher Wirkung, der frühere Patentinhaber bleibt berechtigt und verpflichtet. Der Eintrag ist nicht zur Form erhoben worden, in welcher sich der Uebertragsakt objektivirt; vielmehr ist derselbe nur ein, allerdings nothwendiges, adminiculum des Uebertragungsaktes, welches daher auch außerhalb dieses Aktes, nach Vollzug dieses Aktes erfolgen kann.

Die Rolle wird bei dem Patentamte geführt. Sollte der Registerführer den Eintrag verweigern, so kann ein Beschluß des Patentamts provozirt werden, welcher der in § 3 der Verordnung erwähnten Abtheilung obliegt; gegen diesen Beschluß ist Beschwerde zuläßig (§ 15 Abs. 3 des Ges.).

Die Veröffentlichung des Eintrags erfolgt durch den Reichsanzeiger.

Der Akt der Uebertragung wird erst wirksam durch den publizirten Eintrag; bei mehreren Uebertragungen seitens eines Patentberechtigten entscheidet daher nicht die Priorität der Uebertragung, sondern die Priorität des Eintrags. Dieser Satz gilt aber dann nicht, wenn derjenige, welcher den ersten Eintrag erwirkte, wußte, daß ein anderer Uebertragungsakt vorhergegangen ist. Entscheidend für die bona oder mala fides ist der Moment des Uebertragungsaktes, nicht der Moment des Eintrags.

Einzutragen sind diejenigen Akte, welche eine Aenderung in der Person

des Patentinhabers zur Folge haben. Daher bedarf es auch des Eintrags, wenn ein im Miteigenthume stehendes Patent bei der Theilung einem der Miteigenthümer zugewiesen wird. Ebenso ist es einzutragen, wenn ein Patent in eine Handelsgesellschaft eingeworfen wird, wogegen ein Wechsel in den Personen der Handelsgesellschaft unerheblich wäre. Anders verhält es sich, wenn eine Gesellschaft aufhört und das Patent an eine neue, sei es an eine bestehende, sei es an eine sich erst bildende Gesellschaft fällt.

Leugnet eine Partei den Uebertragungsakt oder verweigert sie die Mitwirkung zu einer beglaubigten Beurkundung des Geschäfts, so kann die Uebertragung gerichtlich festgestellt und auf Grund des rechtskräftigen gerichtlichen Feststellungsurtheils der Eintrag in die Rolle verlangt werden.

Zweifelhaft ist, ob ein Pfandberechtigter in die Rolle eingetragen werden müsse. Allein dieser ist zwar kein präsenter Patentinhaber, auch kein zukünftiger, wohl aber ein solcher, welcher mit Ausübung des Pfandrechts selbständig und unabhängig einen neuen Patentinhaber kreiren kann; sein Recht entspricht daher vollkommen dem des suspensiven Eigenthümers, nur daß das Eigenthum nothwendig nicht in seiner Person, sondern in der Person seines Käufers erwächst. Sein Recht ist daher ebenso einzutragen, wie das Recht des unter einer Suspensivbedingung Berechtigten.

Dagegen sind die Lizenzen nicht einzutragen, da eine Gebrauchsbefugniß ohne Prohibitivrecht nicht als eine Innehabung der Patentgewalt, der Permissionar nicht als Patentinhaber betrachtet werden kann.

## IV. Erlöschen des Patentrechts.

### 1. Unmittelbar in der Natur des Rechts liegende Erlöschungsgründe.

Jedes Immaterialrecht hat die Tendenz, in den Gemeinverkehr überzugehen, zur res communis omnium zu werden; so auch das Erfinderrecht. Im deutschen Patentrechte wird jedes Patent auf die Dauer von 15 Jahren gegeben. Die Periode der 15 Jahre beginnt nicht erst mit der Patentertheilung; die Anmeldung genießt schon vorher provisorischen Schutz, §§ 22, 23 d. Ges.; der erste Beginn dieses Schutzes wäre passend der Beginn der Patentfrist; aber das Gesetz hat den Beginn dieser Frist auf einen früheren Tag zurückverlegt; die Frist nimmt ihren Anfang mit dem auf die Anmeldung der Erfindung folgenden Tage, § 7 des Ges., also zu einer Zeit, wo noch kein Schutz der Erfindung existirt. Daraus folgt nun aber auch, daß nicht der Jahrestag, welcher dem Tage nach der Anmeldung entspricht, sondern der Tag vorher, also der Tag, welcher dem Tage der Anmeldung entspricht, der letzte Tag ist.

Die weitere Bestimmung der Prozeßgesetze, daß, wenn das Ende der Frist auf einen Sonn- oder allgemeinen Feiertag fällt, nochmals ein Tag beigegeben werden soll, findet hier keine Wirkung.

Das Erlöschen durch Ablauf der Zeit ist ein dem Patentrechte von seinem ersten Beginne an innewohnender Todeskeim, welcher daher alle Rechte am Patente nothwendig mit affiziren muß.

## 2. Mittelbar in der Natur des Rechts liegende Erlöschungsgründe.

Ein zweiter Erlöschungskeim, welcher das Recht bereits vor Ablauf der 15jährigen Periode zu Fall bringen kann, liegt in den dem Patentinhaber obliegenden Pflichten und Verpflichtungen verborgen, indem dieselben mit der Sanktion der Patenterlöschung versehen sind. Hierbei ist zu unterscheiden: die Nichtleistung der Patentsteuer führt den Verfall herbei, ohne daß auf die subjektiven Gründe irgend welche Rücksicht genommen würde; dagegen die Nichterfüllung der Ausführungspflicht, und zwar der direkten wie der indirekten, durch Lizenz zu erfüllenden Ausführungspflicht bewirkt nicht schon an sich den Verfall, sondern nur dann, wenn ein gröbliches Verschulden zu Grunde liegt, die Allgemeinheit geschädigt wird und auf Grund dessen die betreffende Behörde den Verfall ausspricht.

Was die Zahlung der Patentsteuer betrifft, so hat der Patentinhaber die Dauer seines Patents in der Hand, indem es ihm freisteht, das Patent durch Nichtzahlung der Steuer verfallen zu lassen.

Der Fälligkeitstermin ist der erste Tag des zweiten und folgenden Jahres der Dauer; für die Dauer ist aber, wie gezeigt, die Anmeldung entscheidend, doch in der Art, daß der Tag der Anmeldung ignorirt und der folgende Tag als der erste Tag betrachtet wird. Den Berechtigten ist jedoch ein laxamentum temporis gegeben, innerhalb dessen die Zahlung mit Rechtswirksamkeit nachgeholt werden kann. Dieses laxamentum beträgt 3 Monate „nach der Fälligkeit", also nach dem Tage der Fälligkeit.

Die Nichtzahlung der Patentsteuer innerhalb der gesetzlichen Frist führt den Verfall des Patents herbei, ohne daß es eines weiteren Verfahrens, einer Mahnung oder gar eines gerichtlichen Anspruchs bedürfte.

Die objektive Thatsache der Nichtzahlung führt den Verfall herbei; die subjektiven Gründe werden nicht untersucht. Wohl aber müßte dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn die Unmöglichkeit nicht auf der Seite des Leistenden, sondern auf der Seite des Leistungsempfängers läge, wenn der Staat außer Stande wäre, die Patentsteuer in Empfang zu nehmen, oder wenn der Staat den Empfang aus irgend einem Grunde (z. B. aus irriger Ansicht des Beamten) verweigerte.

Eine Vorauszahlung der Gebühr mit der Wirkung der Aufrechterhaltung des Patents während der der vorausgezahlten Summe entsprechenden Zeit ist nicht zuläßig. Dagegen kann der Staat freiwillig eine ihm angebotene künftige Steuer in Empfang nehmen, eine künftige Steuer, welche in der Absicht bezahlt wird, nicht nur den gegenwärtigen, sondern auch den etwaigen künftigen Steuerpflichtigen zu entlasten. Die Vorauszahlung kann natürlich nur eine provisorische sein, sie setzt den Bestand des Steuergutes während der betreffenden Zeitperiode voraus; sie wäre sine causa und müßte zurückgegeben werden, sofern und soweit das Steuergut vor Ablauf der Zeit verfällt.

Daß nun aber, wenn die Steuerbehörde, hier das Patentamt, sich auf eine solche Vorauszahlung künftiger Steuern einläßt, die Steuerpflicht für

die betreffende Periode erfüllt und auch die an die Erfüllung der Steuerpflicht geknüpfte Forteristenz des Patents gewahrt ist, kann nicht bezweifelt werden.

Die Tendenz des Gesetzes, daß das Patent im Verkehre erprobt wird, kommt auch hier zur Geltung, da trotz der Vorauszahlung der Patentinhaber jederzeit auf das Patent verzichten kann, in welchem Falle ihm so viel von der bezahlten Abgabe zurückzuersetzen ist, als er nach Maßgabe des Erlöschens des Patents nicht zu zahlen schuldig ist.

Der Verfall des Patents durch die Nichtzahlung ist ein absoluter, er trifft nicht die Berechtigung des Einzelnen, er trifft den Kern des Rechts, mag berechtigt sein, wer wolle; er trifft den Mitberechtigten, Usufruktuar, Pfandberechtigten und jeden, welcher durch eine Berechtigung mit dem Patente zusammenhängt.

Der Verfall durch Nichtzahlung bedarf keiner Geltendmachung ope exceptionis, denn er hebt das Recht selbst auf, er hemmt nicht nur dessen Spannung. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Kläger die Behauptung vortragen müsse, die Patentsteuer sei regelmäßig gezahlt worden, denn er hat nur das Vorhandensein der Rechtserzeugungs-, nicht das Vorhandensein der Rechtserlöschungsgründe zu behaupten. Wohl aber müßte es der Richter von Amtswegen berücksichtigen, wenn der Kläger selbst zugestehen würde, daß ein Termin der Abgabe versäumt wurde, und das Gericht könnte hier auch im Falle der Kontumaz kein Versäumungserkenntniß auf Verurtheilung des Beklagten erlassen.

Nicht zur objektiven Bedingung erhoben ist die dem Patentrechte inwohnende Ausführungspflicht. Hier sind keine bestimmten, objektiven, fest fixirten Voraussetzungen gegeben, bei deren Nichtzutreffen das Patent als verfallen betrachtet werden muß; vielmehr tritt die Revokation nur dann ein, wenn die Nichterfüllung der Pflicht auf ein gröbliches Verschulden des Patentberechtigten zurückzuführen ist und wenn durch dieses Verschulden die Interessen der Allgemeinheit gefährdet werden. Die Revokation soll nicht vor Ablauf von 3 Jahren erfolgen dürfen, und zwar sind diese 3 Jahre erst nach der Patentertheilung zu berechnen.

Reicht die Ausführung des Berechtigten nicht hin, um das Gewerbe in der entsprechenden Weise der Allgemeinheit nutzbar zu machen, so ist es seine Pflicht, Lizenzen aufzusuchen, um so mehr, geeigneten Lizenzbewerbern, welche sich ihm anbieten, Lizenzen zu ertheilen.

Die Thätigkeit des Verwaltungsgerichts erfolgt aber nicht ohne äußere Initiative. § 27 des Gesetzes erklärt in dieser Richtung nur, daß ein Antrag, also eine Initiative von Außen erforderlich ist, ohne über die Person des Antragstellers etwas zu bestimmen. Die Klage ist nur insofern Popularklage, als das zu Grunde liegende Recht ein populares Recht der Einzelnen ist, d. h. als jeder Einzelne aus dem Volke in die Rechtslage kommen kann, welche die Klage erzeugt. Diese Rechtslage ist aber die persönliche Betheiligung, das persönliche Interesse an der pflichtmäßigen Ausführung des Patents. Jeder, welcher dieses Interesse hat, kann klagen; er thut es in Verfolgung seines eigenen Interesses, welches nur kraft einer Reflexwirkung zugleich auch die

Interessen der Anderen berühren kann. Die Klage entspricht daher der von Jhering, Geist des r. R. 1. S. 187 ff., aufgestellten Theorie der ursprünglichen Gestaltung der popularen Weg- und Wasseredikte, wonach dieselben nicht im Interesse der Allgemeinheit, sondern zum Schutze der Privatinteressen der einzelnen Betheiligten eingeführt wurden (fr. 2 pr. § 11 ff. ne qu. in l. p. (43. 8), fr. 2 § 45 cod., fr. 1 pr. ut in fl. publ. (43, 14).

Nach dem Entwickelten ist es zunächst Sache der Interessenten, die Nichtigkeitsklage in ihrem eigenen Interesse zu erheben. Damit ist eine prokuratorische Vertretung der allgemeinen Interessen nicht ausgeschlossen, nur daß sie nicht den einzelnen Privaten zustehen kann, sondern nur den staatlichen Organen, welchen der Schutz der wirthschaftlichen Interessen der Allgemeinheit anvertraut ist und in deren Aufgabe es liegt, die Hindernisse, welche sich der wirthschaftlichen Entwicklung entgegensetzen, zu beseitigen.

Der Antrag ist gegen den Patentinhaber zu richten, möge dieser aus originärem oder derivativem Titel berechtigt sein.

Die Revokation vernichtet das Erfinderrecht von dem Tage der Rechtskraft an, bis zu diesem Tage bleibt es bestehen. Die Vernichtung ist eine absolute, daß sie also erga omnes wirkt.

### 3) Erlöschen des Patentrechts durch äußere Vorgänge.

Eine Ersitzung des Patentrechts giebt es nicht. Es bleibt daher nur noch Ein äußerer, in der Natur des Rechts weder unmittelbar noch mittelbar enthaltener Erlöschungsgrund übrig: der Verzicht des Berechtigten. Er wirkt nur soweit, als die Dispositionsmacht des Verzichtenden reicht. Das Erlöschen der Berechtigung muß auch zum Erlöschen des Rechts selbst führen.

Steht das Patent in der ungetheilten oder nur lokal abgetheilten Berechtigung Mehrerer, so kann das Erlöschen der einen Berechtigung nur zu einer Akkreszenz an die übrigen Berechtigten führen, auch im Falle der lokalen Abtheilung.

Dem Verzichtenden, welcher zur Zeit des Verzichts eine gewerbliche Ausbeutung der Erfindung begonnen hatte, bleibt seines Verzichts unerachtet der Besitzstand zur Zeit des Verzichts gewahrt.

Die ertheilten Lizenzen werden als solche durch den Verzicht nicht geschmälert. Anders verhält es sich mit dem Usufruktus und Pfandrecht; ihre Rechte postuliren das Bestehen des Patents. Der Proprietar kann zwar seine Berechtigung lösen, er kann aber durch diese Lösung nicht das Patent zerstören, welches die objektive Grundlage selbständiger Berechtigungen ist.

### 4) Das Scheinpatent und die Erklärung seiner Nichtigkeit.

#### a) Die objektiv sofort feststehende Nichtigkeit.

Das Patent bietet einen Primafaciebeweis für das Vorhandensein der Grundlagen des Erfinderrechts, daher die Berufung auf das Patent in der

Klage genügen muß und es dem Beklagten überlassen bleibt, den Mangel der Grundlagen zu rügen.

In § 10 Z. 1, § 27 hat das Patentgesetz eine rein deklaratorische Richtigkeitsklage geschaffen.

Diese Nichtigkeitsklage kann als rein deklarative zu jeder Zeit erhoben werden, sofern nur die Festsetzung von irgend einem praktischen Belange ist; sie ist daher auch noch dann zulässig, wenn das Patent in jedem Falle bereits erloschen wäre.

Die Nichtigkeitsklage gilt immer nur bezüglich des Nichtigkeitsgrundes, welcher in der Klage geltend gemacht wurde; es bleibt dem Abgewiesenen stets vorbehalten, auf Grund einer neuen causa eine neue Nichtigkeitsklage zu erheben.

Trotz des Schweigens kann es nicht zweifelhaft sein,

1) daß im Civilprozesse der Beklagte seinen Antrag dahin erweitern kann, daß er eine Festsetzung der Nichtigkeit begehrt,

2) daß in diesem Falle der Festsetzungsanspruch an das Patentamt zur Entscheidung abgegeben werden muß, da die Entscheidung auf die Nichtigkeitsklage an sich nicht zur Kompetenz der bürgerlichen Gerichte gehört,

3) daß in diesem Falle die Entscheidung über die Präjudizialfrage für den Hauptprozeß bindend ist.

Nach erfolgter rechtskräftiger Nichtigkeitserklärung durch das Patentamt ist die Frage mit allen Konsequenzen entschieden.

Das Wesen der relativen Nichtigkeit besteht darin, daß das Verhältniß nur dann ohne rechtliche Wirkung bleibt, wenn eine gesetzlich bestimmte Person dies in der gesetzlich bestimmten Form erklärt.

Der Einwand der relativen Nichtigkeit des Patentes ist übrigens eine wahre exceptio; auch wenn dem Richter sämmtliche Thatumstände, welche eine relative Nichtigkeit indiziren, bekannt sein sollten, könnte er dieselben nicht berücksichtigen, so lange der Beklagte diese Umstände nicht zu einem Nichtigkeitsantrage verwendet.

Hierzu scheint die moderne Anerkennungs- und Feststellungsklage ein Mittel zu bieten.

### 5) Akzessorisches Patentrecht.

Eine häufige Erscheinung ist es, daß zwei Ideen in einer solchen technischen Beziehung zu einander stehen, daß die eine das Hilfsmittel zur vollkommenen Entfaltung der andern ist. Dieses Verhältniß technischer Beihilfe und Dienstbarkeit verlangt seinen rechtlichen Ausdruck, welcher darin besteht, daß die Hilfsidee rechtlich zur Hauptidee in begleitende Beziehung gesetzt wird.

Eine solche Verbindung ist aber nur möglich, wenn beide Ideen in der Person eines und desselben Trägers zusammentreffen, welches Verhältniß allerdings wirthschaftlich außerordentlich fruchtbringend ist.

Wenn sich beide Erfindungen in einer Hand vereinigen, so kann die wirthschaftliche Kombination dadurch ihren rechtlichen Ausdruck finden, daß das Recht an der Verbesserungserfindung zum Akzessorium des Rechts an der Haupterfindung wird, so daß es mit demselben steht und fällt.

Das akzessorische Patentrecht setzt ein Vierfaches voraus: ein Grundrecht, ein Nebenrecht, eine wirthschaftliche Beziehung zwischen den Objekten beider Rechte und eine juristische Verknüpfung beider Rechte durch den entsprechenden rechtlichen Vorgang.

Vorausgesetzt wird ein Grundrecht, ein wirksames Patentrecht. Es genügt aber auch das Bestehen eines Hauptrechts in der Person des Inhabers des Nebenrechts.

Vorausgesetzt wird ferner ein zu dem Patentrecht hinzutretendes Erfinderrecht, welches aber noch nicht selbständig patentirt sein darf.

Die Verbesserungserfindung muß aber mit der Haupterfindung in einem wirthschaftlichen Zusammenhange stehen.

Zur juristischen Verbindung beider Vermögensstücke ist ferner noch ein besonderer Rechtsakt erforderlich. Dieser Rechtsakt ist die Ertheilung eines Additionalpatents oder Zusatzpatents durch das Patentamt; durch diesen Akt wird ausgesprochen, daß die neue Erfindung gleichfalls den staatlichen Schutz genießt, daß sie ihn aber nur genießt in der Form eines mit dem Hauptpatente verbundenen Nebenrechts.

Wir haben die speziellen Ausführungen des Verfassers so knapp mitgetheilt, als es der zugemessene Raum dieser Zeitschrift und der Zweck der Anzeige uns gestattete, hoffen aber, dadurch die Aufmerksamkeit des juristischen Publikums und ein tieferes Studium des interessanten Werkes auch in seinem weiteren Detail angeregt zu haben. Der Druck ist gut und bis auf einige Druckfehler korrekt.

In einem späteren Aufsatze werden wir die Besprechung des zweiten Theiles, des formellen Patentrechts, fortsetzen. Scheele.

---

## 25.

**Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch.** Mit Kommentar herausgegeben von H. Makower, Rechtsanwalt und Notar. Achte vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1880.

Die siebente Auflage des Makowerschen Kommentars haben wir im 21. Bande der Beiträge S. 634 angezeigt. Daß schon jetzt, nach nur zwei Jahren, wiederum eine neue Auflage erforderlich gewesen ist, spricht am deutlichsten für die praktische Brauchbarkeit des Buches. Der Verfasser hat mit bekannter Sorgfalt die neuere Literatur und die Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts berücksichtigt. Für nicht zweckmäßig halten wir, daß er einen Auszug aus dem Gerichtsverfassungsgesetz und der Civilprozeßordnung hat abdrucken lassen. Der in der Vorrede angegebene Zweck, die Bestimmungen zu sammeln, welche vermuthlich in dem Verfahren vor den Handelskammern am meisten gebraucht werden, dürfte u. E. dadurch nicht erreicht werden. Einer weitern Empfehlung des Buches bedarf es nicht. Rassow.

---

26.

**Das Deutsche Handelsrecht.** Ein kurzgefaßtes Lehrbuch des im Deutschen Reiche geltenden Handels-, Wechsel- und Seerechts. Systematisch dargestellt auf Grund der Deutschen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der einschlägigen Literatur und der Rechtsprechung, insbesondere des Reichs-Ober-Handels-Gerichts, von Dr. Carl Gareis, ord. Professor der Rechte in Gießen, Mitglied des Deutschen Reichstags. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin.) 1880.

Ein „kurzgefaßtes" Lehrbuch des Handelsrechts nach dem Muster des Fitting'schen Civilprozesses und des Dochow'schen Strafprozesses, wie es hier geboten wird, entspricht einem unleugbaren Bedürfnisse. Die hervorragenden Arbeiten Goldschmidts, Thöls, Endemanns und die zahlreichen, zum Theil vortrefflichen Kommentare des H.G.B. sind zwar für Fachjuristen unschätzbare Hülfsmittel zur Vertiefung der Erkenntniß der handelsrechtlichen Wissenschaft resp. zur Belehrung in Detailfragen. An einem Buche aber, welches sich als geeignet erwiesen hätte, die Kenntniß der wissenschaftlichen und technischen Grundlagen des Handelsrechts zu vermitteln und ein leicht zu übersehendes Bild des gesammten Stoffes nach dem heutigen Stande der Wissenschaft und Rechtsprechung gewährte, hat es gefehlt. Die Gareis'sche Arbeit füllt diese Lücke in angemessener Weise aus. Der Verfasser betont, daß seine Absicht gewesen sei, nicht die größeren Werke zu ersetzen, sondern deren Studium zu fördern. Er widmet sein Buch in erster Linie den das Handelsrecht zum ersten Male studirenden Rechtskandidaten, den Kaufleuten und solchen praktischen Juristen, welche sich in das ihnen bisher etwa aus Berufsgründen ferner liegende Handelsrecht einen Einblick und Ueberblick verschaffen wollen. Er wird sich aber auch darin nicht täuschen, daß seine Arbeit auch älteren Juristen von Nutzen sein wird. Mit Recht lenkt er in dieser Beziehung die Aufmerksamkeit auf die Darstellung derjenigen handelsrechtlichen Stoffe, welche — wie das Versicherungsrecht und das Recht einer Anzahl von Bank- und Börsengeschäften — noch einer eingehenden Kodifikation entbehren. Wir heben insbesondere den § 62 des Buches hervor, der die Begriffe des Fix-, Differenz-, Prolongations-, (Report-) Prämien- (des einfachen Prämien-, Wandel-, Noch-, Stell-, des zweischneidigen Prämiengeschäfts, Zwei-Präniengeschäfts, des Schlusses auf fest und offen) und der Promessen- oder Heuergeschäfte erläutert und die für ihre Beurtheilung maßgebenden Gesichtspunkte darlegt.

Darüber, ob es dem Verfasser überall gelungen ist, das Streben nach einem „kurzgefaßten" Lehrbuch mit dem Wunsche möglichster Vollständigkeit in der Beherrschung des Stoffes erfolgreich zu vereinigen, kann man natürlich hin und wieder rechten. So ließe sich die Frage aufwerfen, ob es nicht zweckmäßig gewesen wäre, den Einfluß des Konkurses auf den Bestand und die Erfüllung der Handelsgeschäfte eingehender darzulegen, als es durch die gelegentlichen Bemerkungen S. 334, 35—343 (an ersterer Stelle in einer nicht bedenkenfreien Weise) geschehen ist. Aber im Allgemeinen dürfte

anzuerkennen sein, daß der Verfasser für die zu erreichenden Zwecke das rechte Maß gefunden hat.

In der Lehre von den Hülfspersonen im Handel S. 65 ff. hätte u. E. die Darstellung — mindestens an Klarheit — gewonnen, wenn den Tit. 5 und 6 Buch 1 des H.G.B. entsprechend das Verhältniß der kaufmännischen Hülfspersonen nach außen hin und das Verhältniß zwischen Prinzipal und den in einem Dienstverhältnisse zu ihm stehenden Hülfspersonen nach innen auseinandergehalten, und nicht die Handlungsbevollmächtigten und Handlungsgehülfen so, wie geschehen, als begriffliche Gegensätze behandelt, vielmehr hervorgehoben worden wäre, daß das Handelsgesetzbuch unter Handlungsgehülfen alle in einem Dienstverhältnisse zum Prinzipale stehenden, zu kaufmännischen Diensten angenommenen Personen (gleichviel ob ihnen nur interne oder auch externe [Stellvertretungs-] Funktionen obliegen) versteht, Handlungsbevollmächtigte aber umgekehrt die mit dem Abschlusse von Handelsgeschäften für den Geschäftsherrn beauftragten Personen sind (gleichviel ob sie zu dem Prinzipal nach innen in einem Dienstverhältnisse stehen, also zugleich Handlungsgehülfen sind, oder nicht).

Dergleichen Einzelheiten können aber den überwiegend günstigen Eindruck, den wir von dem Buche gewonnen haben, nicht beeinträchtigen.

Küntzel.

---

## 27.

**Encyclopädie des Wechselrechts der europäischen und außereuropäischen Länder auf Grundlage des gemeinen deutschen Rechts** von Dr. Oskar Wächter. Stuttgart. 1879 bei Julius Maier.

Die internationale Weiterentwickelung des Wechselrechts hat sich einen großen Kreis von Freunden erworben. Nach Zeitungsnachrichten ist von dem Deutschen Reich in Verbindung mit Oesterreich den Regierungen anderer Staaten die Anregung gegeben worden, ein gemeinsames Wechselrecht auf der Grundlage der deutschen Wechselordnung aufzubauen, und dieser Gedanke soll in den skandinavischen Staaten, welche gerade im Begriff sind, unter einander ein gemeinsames Wechselrecht zu vereinbaren, in Italien, der Schweiz und Rußland lebhaftes Entgegenkommen gefunden haben. In den Niederlanden haben sich mehrfache Erklärungen der Volksvertretung für ein solches Vorgehen ausgesprochen, auch in England fehlt es nicht an Stimmen, die auf ein internationales Wechselrecht als auf ein nothwendig zu befriedigendes Bedürfniß hinweisen. Bis aber die erwähnten Anregungen die greifbarere Form von Verhandlungen erhalten und bis aus diesen Verhandlungen ein Ergebniß erwächst, wird noch manche Spanne Zeit gemessen werden.

Das oben bezeichnete Buch giebt in Abhandlungen, welche nach der Reihenfolge des Alphabets geordnet sind, eine Darstellung des Rechts der deutschen Wechselordnung in derjenigen Ausgestaltung, welche demselben in der reichsgerichtlichen Praxis gegeben ist. An jeden einzelnen Artikel schließt

sich eine genaue Wiedergabe der eingreifenden Bestimmungen der ausländischen Rechte an. Hierbei sind sämmtliche europäische und eine nicht geringe Zahl außereuropäischer Gesetze berücksichtigt.

Die Ausführungen des Verfassers sind klar und zeigen seine volle Herrschaft über den behandelten Stoff. Das Buch kann als eines der brauchbarsten Nachschlagewerke bestens empfohlen werden. E.

---

28.

**Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879.** Erläutert von Wilhelm Kranichfeld, Amtsrichter zu Leipzig. Leipzig, Druck und Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung. 1880.

Der Verfasser hat in zweckmäßiger Weise zunächst den Text des Gesetzes vollständig abdrucken lassen. Die Uebersicht wird dadurch sehr erleichtert. Der dann folgende Kommentar berücksichtigt die Motive sowohl des Anfechtungsgesetzes als der Reichskonkursordnung sehr sorgfältig. Die eigenen Ausführungen des Verfassers bewegen sich vorzugsweise auf dem Gebiete des Reichsrechts und des gemeinen Rechts. Nicht zweckmäßig erscheinen uns die vielen Noten zu den Anmerkungen. Es stört dies Verfahren beim Lesen. Rassow.

---

29.

**Die Zins- und Wucherfrage** von Peter Reichensperger. **Berlin, Verlag von J. Guttentag (D. Collin) 1879.**

Der Verfasser plaidirt für Wiedereinführung der Wuchergesetze. Er fordert in erster Linie die Wiederherstellung eines Zinsbeschränkungsgesetzes, durch welches ein höheres, als das vordem bestandene Zinsmaximum festgestellt wird, damit dem berechtigten Kreditbedürfnisse keine allzu engen Schranken gezogen seien. Er fordert eventuell wenigstens solche gesetzliche Anordnungen, welche geeignet sind, dem Uebermaße des Mißbrauchs und Unrechts zu steuern.

Weder für die Begründung seiner Forderung noch auch zur Bekämpfung des gegenwärtigen Rechtszustandes sind neue Argumente beigebracht. Die kleine sehr anziehend geschriebene Schrift enthält im Wesentlichen eine auf hergebrachte Argumente gestützte Kritik der abolitionistischen Gesetzgebung, wie sie seit Bentham's Auftreten sich immer weiteren Boden verschafft hat. Der Verfasser, welcher die einschlägige Frage, wie dies bei einem Manne von so hervorragender Stellung im öffentlichen Leben kaum anders zu erwarten ist, mit voller Beherrschung des Stoffes nach der volkswirthschaftlichen und gesetzgebungspolitischen Seite behandelt, giebt auf Seite 1—14 eine geschichtliche Skizze der auf die Zins- und Wucherfrage bezüglichen Gesetzgebung, an welche sich (S. 15) eine Kritik der theoretischen Behandlung des Gegenstandes anschließt. Im weitern Verlaufe wer-

den die abolitionistischen Argumente einer eingehenden und scharfen Kritik unterzogen. Mit besonderer Behutsamkeit verfährt der Verfasser bei der Darstellung der kanonischen Wucherlehre (S. 28 ff.). „Unter Einwirkung der Kirche," heißt es daselbst, „wurde das Zinsverbot, insbesondere auch durch ein Capitulare Karl's des Großen von 789 generalisirt. Man glaubte, sich der idealen Hoffnung hingeben zu dürfen, in dem eben erst sich entwickelnden Neubau staatlicher Ordnung den Egoismus rein menschlichen Daseins durch die Fülle der christlichen Humanität zurückdämmen und vielleicht überwinden zu können. In diesem idealen Streben ist die Kirche indessen nicht so weit gegangen, wie die Gegner der Wuchergesetze es darstellen; sie hat zwar das Uebermaß des Materialismus nach Kräften bekämpft, die Leidenschaften gezügelt, den Geist der christlichen Liebe und Barmherzigkeit überall angefacht, darum aber doch niemals das Bedürfniß der wachsenden Generationen verkannt. Sie verwirft nach der umfassenden Sach- und Rechtsdarlegung des Papstes Bendict 14. in der Encyklika vix pervenit nur denjenigen Gewinn aus einem Darlehn, der kraft der nackten Thatsache des Darlehns als solcher gezogen wird, erkennt dagegen an, daß auf Grund anderer konkurrirender Momente Zinsen füglich genommen werden dürfen." Diese Darstellung stimmt mit dem Resultate der neueren Forschungen Endemanns, Neumanns und Lastigs über das kanonische Wucherdogma nicht überein. Der Verfasser übersieht, daß das Zinsverbot, im Laufe der Zeit, zuerst das Opfer der fiskalischen Interessen der Päpste selbst geworden ist und daß die kanonistische Doktrin des Mittelalters ihren ganzen Scharfsinn Jahrhunderte lang hatte aufbieten müssen, um den Handelsverkehr, im Wege aller erdenklichen, zum Theil sehr gewagten civilrechtlichen „Konstruktionen" von den Fesseln des Zinsverbots zu befreien.

Bei aller prinzipieller Verschiedenheit unseres Standpunktes in der Hauptfrage müssen wir anerkennen, daß sich die Schrift durch eine maßvolle und sachliche Polemik und eine edle, an einzelnen Stellen sogar schwunghafte Diktion von den nach dieser Richtung erschienenen Parteischriften vortheilhaft unterscheidet.

Wenn auch zugegeben werden mag, daß die von dem Verfasser gerügten Uebelstände tief zu beklagen sind, so möchte es doch nach dem bisherigen Gang der Gesetzgebung in den civilisirten Staaten fraglich sein, ob sich eine Wiedereinführung der Wuchergesetze empfehlen möchte. Der Verfasser bewegt sich übrigens, was die Bedürfnißfrage anlangt, in einem Widerspruch. Auf Seite 60 wird hervorgehoben, daß der Wucher „leicht" vom Gesetze zu treffen sei, die Möglichkeit der Umgehung des Verbots mithin keinen Grund für den Fortbestand der Wucherfreiheit abgebe. Es wird ferner anerkannt, daß durchweg sich nur Wenige mit jenem „schmählichen Gewerbe" befassen. Diese Wenigen seien überall von der öffentlichen Meinung gebrandmarkt.

Damit ist unseres Erachtens auch das widerlegt, was der Verfasser weiterhin über die „ungeheure" Kalamität sagt, welche der Wucher über ganze Länder heraufbeschwört. Reichensperger schließt mit einem freilich etwas agitatorisch lautenden Appell an die gesetzgeberischen Faktoren. „Es

handelt sich," so ruft er aus, „nicht bloß um den aus allen Theilen des Reiches dringend geforderten Schutz gegen das Ueberhandnehmen eines Wuchers, welcher das Lebensmark des Volkes auszusaugen droht, sondern es handelt sich dabei noch um ein Mehreres und weit Allgemeineres, nämlich darum, ob in den Anschauungen dieses Volkes der Gedanke dauernd sich befestigen solle, daß es schutzlos der erdrückenden Uebermacht des Kapitals gegenübergestellt sei, und daß die Gerichte des Landes dazu berufen seien, diese Uebermacht mit allen ihren Mißbräuchen zu sanktioniren. Wenn eine solche Anschauung wirklich Platz greift, dann ist den verbrecherischen Umsturzbestrebungen der Sozialdemokratie für die Zukunft ein neuer furchtbarer Bundesgenosse gesichert, der durch kein Ausnahmegesetz wirksam bekämpft werden kann." Wie viel Wahres und Falsches in diesem Appell enthalten sein mag, entzieht sich der Beurtheilung an dieser Stelle. Die Beantwortung der damit zusammenhängenden Fragen würde uns auf den Kampfplatz der Tagesmeinungen führen. Der wissenschaftlichen Kritik bieten sie keine Handhabe dar. Dr. J. G.

---

## 30.

**Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.** Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen von Dr. C. F. Koch. Nach des Verfassers Tode bearbeitet von Dr. Franz Förster, Ministerial-Direktor; R. Johow, Ober-Tribunalsrath; Dr. P. Hinschius, ord. Professor der Rechte; A. Achilles, Stadtgerichtsrath in Berlin; A. Dalcke, Ober-Staatsanwalt in Marienwerder. Vierter Band, sechste Ausgabe. Berlin 1880. Verlag von J. Guttentag (D. Collin).

Mit diesem vierten Bande ist das umfassende und für die preußische Rechtsprechung in hervorragendster Weise bedeutsame Werk zum Abschluß gekommen. Man wird wohl allseitig den Herausgebern Dank wissen, daß sie die von ihnen übernommene schwierige und mühevolle Arbeit in verhältnißmäßig kurzer Zeit bewältigt haben. Ueber das Erscheinen der drei ersten Bände ist in den Beiträgen Band XXII. S. 473 und Band XXIII. S. 153 und 942 berichtet. In dem jetzt vorliegenden vierten Bande sind die Titel 9 und 10, 13 bis 19 von dem Ober-Staatsawalt Dalcke, der Titel 11 von dem Professor Hinschius bearbeitet. Der 12. Titel hat im Hinblick auf das bevorstehende Unterrichtsgesetz eine vollständige Umarbeitung nicht erfahren. Es sind vielmehr nur die nöthigsten Zusätze und Abänderungen vorgenommen.

Es war gewiß keine leichte Aufgabe, im Anschluß an die Bestimmungen des Landrechts das jetzige preußische Staats- und Kirchenrecht darzustellen. Die Veränderungen, welche das Privatrecht in den letzten Dezennien erlitten hat, sind im Vergleiche mit dem Staatsrecht bei der Fruchtbarkeit der Gesetzgebung auf diesem Gebiete verhältnißmäßig gering. Die Frage, was noch von dem alten Recht gilt? wo das neue Recht einzuschalten war?

und welche Deutung den in formeller Beziehung oft nicht gerade vollendeten neuen Gesetzen zu geben sei? gehören zu den schwierigsten der Rechtsauslegung. Daß die Herausgeber ihre Aufgabe so, wie geschehen, gelöst haben, verdient im hohen Maße Anerkennung. Wir machen beispielsweise darauf aufmerksam, daß im 11. Titel auf 450 Seiten das ganze preußische Kirchenrecht abgehandelt, daß ferner im 18. Titel nicht bloß die neue Vormundschafts-Ordnung kommentirt wird, sondern daß der Bearbeiter sich der Mühe unterzogen hat, diejenigen Bestimmungen dieses Titels, welche ihrer rechtlichen Natur nach nicht dem Vormundschaftsrecht angehören, und deren Fortbestehen von Theorie oder Praxis angenommen wird, zusammenzustellen.

Die Benutzung des ganzen Werkes erleichtern das sehr sorgfältige chronologische Register und das Sachregister. Rassow.

---

31.

**Das preußische Grundbuchrecht.** Die das preußische Grundbuchrecht betreffenden und ergänzenden Gesetze nach dem am 1. Oktober 1879 eingetretenen Rechtsstande mit einem ausführlichen Kommentar in Anmerkungen herausgegeben von W. Bahlmann, Geh. Ober-Regierungsrath. Dritte vermehrte und verbesserte Auflage. Vierte Lieferung (Schluß). Berlin 1880. Verlag von Franz Vahlen.

Das Erscheinen der drei ersten Lieferungen des Bahlmann'schen Kommentars ist in den Beiträgen Band XXIII. S. 780 und Band XXIV. S. 141 angezeigt. Das jetzt vorliegende Schlußheft enthält die Einführungsgesetze (im Jadegebiet, Neuvorpommern, Schleswig-Holstein, Hannover, Kassel, Ehrenbreitstein und Hohenzollern), ferner die Gesetze über Stempelabgaben und Gerichtskosten in Grundbuchsachen, sämmtlich mit eingehendem Kommentar, und endlich Ausführungsverfügungen, Formulare sowie ein chronologisches und ein Sachregister. Wir haben dem Verfasser bereits früher unsern Dank ausgesprochen, daß er die Umarbeitung und Ergänzung seines Kommentars übernommen hat. Wir sind überzeugt, daß unser Urtheil über die praktische Brauchbarkeit des Werkes von Richtern und Anwalten, welche mit Grundbuchsachen beschäftigt sind, getheilt wird. Wir dürfen hier auch das Verdienst der Verlagshandlung nicht unerwähnt lassen, welche mit großen Anstrengungen die schnelle Aufeinanderfolge der einzelnen Hefte ermöglicht, und dadurch bewirkt hat, daß wir diesen den Anforderungen der Wissenschaft entsprechenden und die Praxis überall berücksichtigenden Kommentar vollendet vor uns haben. Rassow.

---

32.

**Lehrbuch der Pandekten** von L. Arndts R. v. Arnesberg. Zehnte Auflage. Nach des Verfassers Tode besorgt von Dr. L. Pfaff und Dr. F. Hofmann, Professoren der Rechte in Wien. Stuttgart. Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung. 1879.

Die Arndts'schen Pandekten gehören zu den allerverbreitetsten juristi-

schen Lehrbüchern. Seit 1852 sind 10 Auflagen nöthig geworden. Ihr Vorzug besteht darin, daß sie im Texte die Rechtssätze kurz und klar darstellen, dagegen in den Noten die Gesetzesquellen, die Literatur und Praxis sorgfältig angeben. Sie ermöglichen dadurch sowohl dem Lernenden als dem Praktiker, sich in kurzer Zeit über eine Rechtsfrage zu orientiren, und bieten auch demjenigen, welcher die Richtigkeit der vorgetragenen Ansicht genauer erforschen will, das hierzu erforderliche literarische Material. Dem Verfasser haben, wie er selbst andeutet, die Puchta'schen Pandekten als Ideal vorgeschwebt. Ob er dasselbe erreicht hat, können wir hier nicht näher erörtern. Die vorliegende zehnte Auflage ist nach dem Tode des Verfassers von seinen Kollegen Pfaff und Hofmann besorgt. Sie haben den Text fast ganz unverändert gelassen, weil sie in richtiger Würdigung ihrer Aufgabe nicht ihre Ansichten, sondern die Arndts'schen vortragen wollten. Die meiste Sorgfalt haben sie auf die Richtigstellung der Quellen- und Literaturzitate verwendet, und dadurch die Brauchbarkeit des Buches wesentlich erhöht. Wir zweifeln nicht, daß die von ihnen übernommene große Mühe allseitig dankbar anerkannt wird. Rassow.

---

33.

**Oberstrichterliche Entscheidungen in Eisenbahnsachen vom Jahre 1874 bis 1878. Wien 1879 bei Alfred Hölder.**

Die hier gesammelten Entscheidungen des österreichischen obersten Gerichtshofs in Eisenbahnsachen verdienen auch außerhalb Oesterreichs Beachtung. Ein nicht geringer Theil derselben betrifft das Eisenbahnfrachtrecht und ist deshalb von internationaler Bedeutung: aber auch andere Urtheile werden mit Interesse gelesen werden, da die Bestimmungen, auf denen sie beruhen, wenn nicht dieselben, welche in Deutschland gelten, so doch diesen vielfach sehr homogen sind. E.

---

34.

**Das bürgerliche Gewohnheitsrecht in Rußland** von S. W. Pachmann, ord. Professor an der Universität zu St. Petersburg. 1879. In der Druckerei der II. Abtheilung Sr. Maj. „persönliche Kanzlei".

Der mir vorliegende 2. Band dieser interessanten und in ihrer Art eigenthümlichen Arbeit eines russischen Rechtshistorikers enthält den Versuch einer systematischen Darstellung des russischen Familien-, Erb- und Vormundschaftsrechts, soweit dieselben auf Gewohnheit beruhen. Gerade auf diesen Gebieten, hebt der Verfasser in der Vorrede hervor, spiegelt sich die soziale Seite des Volkslebens, insbesondere die innere Zusammensetzung des häuslichen Daseins eines Volkes. Aus diesem Grunde habe auch, so fährt er fort, bei den auf die Erforschung der ländlichen Rechtsverhältnisse in Rußland gerichteten Untersuchungen, die Familie mit ihrer gesammten juristischen und wirthschaftlichen Umgebung eine vorzugsweise, ja fast die ausschließliche Beachtung gefunden. Allein, dem allgemeinen Karakter jener

Forschungen entsprechend, habe sich die Literatur des Familien- und Erbrechts mehr auf dem Gebiete der Rechtsdarstellung als auf dem der dogmatischen Erforschung der einzelnen Rechtsinstitute bewegt. Einige davon, wie zum Beispiel das Testaments- und Vormundschaftsrecht, hätten gar keine Berücksichtigung gefunden. Den Grund dieses Mangels erblickt der Verfasser darin, daß diejenigen, in deren Hand die Erforschung des bäuerlichen Familienrechts bisher gelegt war, mit der juristischen Behandlung des Stoffes völlig unbekannt gewesen seien. Der reiche Quellenschatz, welcher in den Arbeiten der Kommission für die Umgestaltung der Dorfgerichte verborgen war (1873—74) — tausende von Entscheidungen dieser Dorfgerichte — harre noch immer der wissenschaftlichen Erforschung vergebens. Einzelne Arbeiten seien freilich auf diesem Gebiete zu verzeichnen, wie zum Beispiel P. S. Mulloff's Auszüge aus den Entscheidungen der Dorfgerichte aus einigen Kreisen des Nischney-Nowgoroder Gouvernements; im Ganzen hätte es aber an einer systematischen Durchdringung des Stoffes, wie sie von dem Verfasser — er hebt dies ausdrücklich hervor — versucht werde, bisher gefehlt. Das Pachmann'sche Werk, dessen erster Band dem Referenten bisher leider noch nicht zugänglich gewesen ist, behandelt in sieben Kapiteln die Hauptgebiete des Familien- und Erbrechts und zwar 1. die allgemeinen Grundzüge des Familienrechts, 2. das eheliche Band, 3. das Verhältniß der Eltern zu den Kindern, 4. das Gewohnheitserbrecht, 5. das eheliche Güterrecht (Gemeinschaft und Trennung) 6. die Verfügungen von Todeswegen, 7. die Vormundschaft.

Von besonderem Interesse ist die auf Seite 6—14 enthaltene Darstellung des Artels, einer ächt russischen Familien- und Arbeitsgenossenschaft, in welcher, wie in einer Menge russischer Institutionen der Agrar- und Familienverfassung überhaupt, uns manche an das germanisch-romanische Mittelalter erinnernde Züge entgegentreten.

Die Pachmann'sche Arbeit betritt den für Rußland neuen, in den westeuropäischen Kulturstaaten längst betretenen Weg rechtshistorischer Forschung. Wie weiland Grimms Weisthümer bei uns eine neue Epoche der vaterländischen Rechtswissenschaft inaugurirt haben, so bekundet sich in der vorliegenden Arbeit ein feines Verständniß für die Aufgaben der russischen Gesetzgebung, welche die Ergebnisse der westeuropäischen Kultur schon seit geraumer Zeit in eine organische Verbindung mit den volksthümlichen Elementen zu bringen sucht. Für die vergleichende Rechtswissenschaft, welche, beiläufig gesagt, bei uns in Deutschland seit Eduard Gans' berühmtem, aber nur wenig gekannten Buche (Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung) aus der synoptischen Betrachtung verschiedener Gesetze kaum herausgewachsen ist, bietet das Pachmann'sche Werk sicherlich eine willkommene Anregung für das Studium mancher germanisch-romanischer Institute, deren Verständniß an der Hand eines lebendigen Kommentars, wie er in der praktischen Uebung enthalten ist, eine nicht zu unterschätzende Förderung erfahren dürfte. Leider ist das Studium der slavischen Rechtsalterthümer, trotz bedeutsamer Vorarbeiten (wir erinnern nur an Maciejowski's Historya prawodawstw slawanskich [Slavische Rechtsge-

schichte], an Schafarick's und Lelewel's, an Tschetscherins' und Kawelins Forschungen) in Deutschland noch wenig verbreitet. Wir gehen sicherlich nicht zu weit, wenn wir annehmen, daß sich hierin der deutschen Forschung ein überaus fruchtbares Gebiet erschließt, ein Gebiet, welches wir, bei den steten Beziehungen zwischen Slaven und Germanen im Mittelalter, auch für das Studium der deutschen Rechtsalterthümer für bedeutsam erachten. Denn erfahrungsmäßig erhalten sich oftmals Institute, welche in der Heimath durch eine höhere Kultur verdrängt werden, in einem fremden Gebiete, in welchem die der Vergangenheit angehörende Kultur der Heimat noch lebendige Gegenwart ist, länger und unverfälschter; wie denn z. B. das magdeburgische Weichbildrecht in polnischen Landestheilen noch lange in voller Uebung war, als die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland immer größere Gebiete dem heimatlichen Recht entzogen hatte.

Dr. J. G.

---

35.

**Die Grundbegriffe der Nationalökonomischen Güterlehre** von Dr. Karl Thomas, in zweiter, durch eine Abhandlung des Verfassers über Geld und Kapital vermehrter Auflage von Dr. Tuiskon Ziller, Prof. an der Universität Leipzig. 1879. Verlag von Alfred Krüger. Leipzig.

Die vorliegende Schrift ist im Jahre 1841 unter dem Titel: „Theorie des Verkehrs. 1. Abtheilung: Die Grundbegriffe der Güterlehre“ erschienen und zu jener Zeit von hervorragenden Nationalökonomen wie Rau und Hermann als eine nicht unbedeutende Weiterbildung der A. Smith'schen Güterlehre gewürdigt worden. Prof. Ziller in Leipzig hat sich der dankenswerthen Aufgabe unterzogen, diese angesehene, aus dem deutschen Buchhandel verschwundene Schrift nicht bloß aufs Neue dem Publikum zu übergeben, sondern durch eine ergänzende Abhandlung des Verfassers, welche er in dessen Nachlaß gefunden hatte, zu erweitern. Thomas gehört zu den in jüngster Zeit durch die historische, oder, wie sie sich selbst zu nennen liebt, „exakte“ Richtung etwas in den Hintergrund getretenen Schule der „philosophischen“ Oekonomisten. Seine Untersuchungen gipfeln in dem Bestreben, die Fundamentalsätze der Volkswirthschaftslehre mit denen der Ethik in Einklang zu bringen. Die Schrift enthält manchen dankenswerthen Beitrag zur Erkenntniß jener Sätze, insbesondere eine scharfsinnige Kritik ihrer Geschichte seit Adam Smith, Ricardo, J. B. Say, Rau, Joh. Eus. Lotz u. s. w.

Dr. J. G.

---

36.

**Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich.** Von L. Gaupp. Bd. I. (§§ 1—229). Tübingen. 1879.

Der vorliegende Kommentar ist vom Standpunkte eines württembergischen Juristen aus mit eingehender Berücksichtigung des württembergischen Landesrechtes geschrieben; er wird aber auch außerhalb Württembergs sich

einen guten Namen und häufige Beachtung erwerben. In demselben wird nicht eine bloße Materialiensammlung gegeben, vielmehr sind die Materialien im Hinblick auf die Theorie des gemeinen Prozeßrechts selbständig und mit Scharfsinn zur Klarstellung der einzelnen Vorschriften verarbeitet.

Der Scharfsinn des Verfassers und der bei einem am Zustandekommen der Civilprozeßordnung betheiligten Mitglied des Reichstags gewiß begreifliche Wunsch, das gewonnene gemeinsame Recht aufrecht zu erhalten, und auch der einzelstaatlichen Gesetzgebung gegenüber zur Geltung zu bringen, lassen den Verfasser hin und wieder zum überscharfen Kritiker der Reichstreue der württembergischen Gesetzgebung werden. So hat man in Württemberg im Anschluß an eine wenig glückliche Ordnung des Gerichtsvollzieherwesens, das die Ortsvorsteher in jedem Gemeindebezirk zu den einzigen Vollstreckungsbeamten macht und damit den Gläubigern den Vortheil entzieht, sich aus mehreren möglichen Vollstreckungsbeamten den nach ihrer Ansicht sorgfältigsten Vollstrecker des Urtheils auszusuchen, nach dem Ausf.-Ges. zum Ger.-V.-Ges. Art. 29 das Zustellungswesen dahin geordnet, daß die Ortsvorsteher die Zustellungsbeamten innerhalb des einzelnen Gemeindebezirks, d. h. nur für die Zustellungen mittels Akts des Gerichtsvollziehers sind, daß denselben aber nicht zusteht, diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche die Civilprozeßordnung bei den Zustellungen durch die Post oder durch Aufgabe zur Post in die Hand des Gerichtsvollziehers legt. Diese letzteren Funktionen sind den Gerichtsvollziehern, welche am Orte des Gerichts dem Gerichte beigegeben werden, vorbehalten. Gaupp meint S. 421, 467, daß hierdurch das Reichsgesetz verletzt werde, weil dieses stillschweigend voraussetze, daß jeder Gerichtsvollzieher in der Lage sei, durch das im § 177 der Civilprozeßordnung bezeichnete Verfahren die Zustellung durch die Post vorzubereiten. Da aber § 155 des Gerichtsverfassungsgesetzes die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Gerichtsvollzieher lediglich der Ordnung durch die Landesjustizverwaltung überträgt, möchte die Anschuldigung der heimathlichen Gesetzgebung kaum als berechtigt angesehen werden können. Auch in seinen Bemerkungen zu § 182 C.P.O. scheint mir Gaupp zum Nachtheil der württembergischen Autonomie Verkehrtes in das Reichsgesetz hinein zu legen. Wenn das Reichsgesetz Zustellungen im Auslande mittels Ersuchens der zuständigen Behörde des fremden Staats oder des dort residirenden deutschen Konsuls oder Gesandten bewirken läßt, so hat das Gesetz darüber, wie das Ersuchen an seinen Bestimmungsort zu befördern ist, nichts feststellen wollen und nichts festgestellt. Und wenn in Württemberg für die Gerichte das im Ganzen sehr verständige-Verbot direkter Korrespondenz mit ausländischen Behörden besteht, so wird der württembergische Richter gut thun, diese Vorschrift nicht mit Gaupp als aufgehoben anzusehen, er wird so der Unannehmlichkeit wohlberechtigter Rektifikation durch vorgesetzte Behörden entgehen, aber auch der Sache selbst durch Einhaltung des diplomatischen Weges dienen, zumal dabei die Reichstreue gewiß nicht leidet, da dieser Weg in jedem einzelnen Falle durch das Reich zu ebnen ist. Bei aller Sorgfalt ist dem Verfasser übrigens an der zuletzt angezogenen Stelle das doppelte Mißgeschick passirt, ein durch Vertrag des Reichs mit der Schweiz

antiquirtes schweizerisch-württembergisches Abkommen noch für bestehend zu erachten und bei der Anziehung der allgemeinen Dienstinstruktion der Reichskonsuln vom 6. Juni 1871 einen recht erheblichen Passus derselben zu übersehen. — Die vorstehenden kleinen Ausstellungen können das Lob, welches dem Buche im Allgemeinen gebührt, gewiß nicht abschwächen.

E.

---

37.

**Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich** ꝛc. von Dr. Friedrich Hellmann. Erlangen 1879. Verlag von Palm und Enke.

Das Schlußheft dieses Kommentars ist erschienen. Es enthält das Gesammtregister, Abkürzungen und Berichtigungen. Das Register ist recht genau gearbeitet. Im Uebrigen verweisen wir auf unsere Anzeige Bd. 23 S. 923 der Beiträge.

Rassow.

---

38.

**Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen.** Auf Veranlassung des Kaiserl. Reichs-Justizamts herausgegeben von C. Hahn, Geh. Ober-Justizrath, Senats-Präsident des Kammergerichts. Berlin. R. v. Decker's Verlag, Marquardt und Schenck.

Von diesem Werke, auf welches wir bereits Bd. 22 S. 443 und Bd. 23 S. 147 die Aufmerksamkeit unserer Leser gelenkt haben, liegen jetzt die beiden ersten Bände, enthaltend die Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz und zur Civilprozeßordnung sowie zu den bezüglichen Einführungsgesetzen, vollständig vor. Der erste Band umfaßt 6, der zweite 5 Lieferungen. Die Schlußlieferungen beider Bände bringen Zusammenstellungen über die Veränderungen, welche die Entwürfe der Gesetze in den verschiedenen Stadien der Berathung erfahren haben, den Text der publizirten Gesetze mit einer Nachweisung der auf die einzelnen Bestimmungen bezüglichen Stellen der Materialien und Register.

Der dritte Band enthält die Materialien zur Strafprozeßordnung. Die bisher erschienenen drei Lieferungen bringen den Entwurf und Motive, die stenographischen Berichte über die erste Berathung im Reichstage und einen Theil der Kommissions-Protokolle 1. Lesung.

Küntzel.

---

39.

**Die gesammten Reichs-Justizgesetze und die sämmtlichen für das Reich und in Preußen erlassenen Ausführungs- und Ergänzungsgesetze, Verordnungen, Erlasse und Verfügungen.** Mit Anmerkungen, Kostentabellen und Sachregister von Dr. P. Kayser, Landrichter bei dem Landgericht I. zu Berlin, z. Z. Hülfsarbeiter im Reichs-Justizamt. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin 1880. Verlag von H. W. Müller.

Die erste Auflage dieses Buches ist S. 771 und 941 des vorigen

Jahrganges der Beiträge angezeigt. Wir hatten ihm den Beifall der Berufsgenossen prognostizirt. Unser Urtheil ist dadurch bestätigt worden, daß schon jetzt eine neue Auflage desselben erforderlich geworden ist. Der Verfasser hat in der zweiten Auflage seine Aufgabe bedeutend erweitert, zum Theil auch in der Anordnung des Stoffes Aenderungen eintreten lassen. In ersterer Beziehung sind:

1) auch die Strafprozeßordnung nebst den sie ergänzenden Vorschriften in den Plan des Ganzen aufgenommen und
2) die gesammten, die Justiz-Reorganisation betreffenden Verfügungen der obersten Verwaltungsbehörden mit abgedruckt.

In letzterer Beziehung hat der Verfasser es vorgezogen, statt in den Text der Reichsgesetze die bezüglichen Bestimmungen der preußischen Ausführungsgesetze einzufügen, die Reichs- und die Landesgesetze zu sondern und bei den einzelnen Vorschriften der ersteren auf die ergänzenden Bestimmungen der letzteren nur hinzuweisen.

In der jetzt vorliegenden Gestalt enthält das Werk ein vollständiges Repertorium aller die Justiz-Organisation in Preußen betreffenden Gesetze, Verordnungen, Instruktionen und Verfügungen. Seine Brauchbarkeit wird noch erhöht durch die demselben beigefügten Tabellen zum Gerichtskostengesetz und der Anwaltsgebührenordnung. Küntzel.

---

## 40.

**Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung.** Von Dr. Adolf Wach. Bonn bei Adolf Marcus. 1879.

Unter den Schriften, welche darauf abzielen, in das Verständniß der Civilprozeßordnung einzuführen, nehmen die in der Ueberschrift bezeichneten Vorträge einen hervorragenden Platz ein. Dieselben sind nach dem Vorwort im März und April v. J. vor sächsischen Praktikern gehalten worden. Ihr Ziel ist nicht Bekanntmachung mit dem bloßen Inhalt des Gesetzes, sondern Zurückführung des Rechtsstoffes auf die Grundgedanken desselben und Darlegung des Verhältnisses, in welchem diese das neue Prozeßrecht beherrschen. So erscheinen die Vorträge als hochbeachtenswerthe Vorarbeit einer systematischen Darstellung, und wir können an dieselben die sichere Hoffnung knüpfen, daß der für eine solche Aufgabe unter den ersten berufene Verfasser demnächst mit einer eingehenden systematischen Bearbeitung des Civilprozeßrechts hervortreten wird. Bei dieser Erwartung erscheint es mir besonders erfreulich, daß der Verfasser neben der ehren- und mühevollen Thätigkeit als Lehrer an der frequentesten Universität die Stellung eines Richters am Landgericht Leipzig übernommen hat, um die Praxis des neuen Prozeßrechts aus eigener Anschauung kennen zu lernen.

Von den Vorträgen behandeln die beiden ersten „Mündlichkeit und Schriftlichkeit" sowie „das Verhältniß des Richters zu den Parteien." Die Bedeutung der „Schrift" trotz des Grundsatzes der Mündlichkeit des Verfahrens und das Wesen und die eingreifende Wirksamkeit der richterlichen Prozeßleitung trotz der Parteiherrschaft über Eintritt, Fortdauer und Inhalt

des Streitverhältnisses werden mit musterhafter Klarheit anschaulich gemacht. Neben diesen Abschnitten des Buchs halte ich die Vorträge über die richterlichen Dekrete, das Beweissystem und das Rechtsmittelsystem für die gelungensten Theile des Buches. Auch wenn ich manchem hier vorgetragenen Satz nicht unbedingt zustimmen kann, so meine ich doch, daß die große Mehrzahl der Gedanken sich die Zustimmung fast jedes Lesers erringen wird; und jedenfalls wird es wenige geben, welche die Abhandlungen aus der Hand legen werden, ohne sich bekennen zu müssen, durch die Lektüre gefördert zu sein. Nur an ihren weitesten Umrissen wird in einem ferneren Vortrag die Stellung des Rechtsanwalts skizzirt und auch der Vortrag über die Zwangsvollstreckung will lediglich die allgemeinen Anschauungen, von denen die Civilprozeßordnung ausgegangen ist, wiedergeben.

Nicht vollständig auf derselben Höhe wie die erstgedachten Vorträge scheint mir der Vortrag über das Versäumnißverfahren zu stehen. Schon bei der — allerdings schwierigen — Erörterung über das Versäumnißzwischenurtheil des § 312 Abs. 2 der C.P.O. halte ich den maßgebenden Gesichtspunkt für verfehlt. Von den hier gegebenen negativen Einschränkungen scheint mir zwar als Regel richtig, daß, damit ein Versäumnißzwischenurtheil ergehen könne, die zu Grunde liegende mündliche Verhandlung obligatorisch sein muß. Es bedarf aber nicht der besonderen Hervorhebung dieser Einschränkung, wenn man § 312 der C.P.O. dahin auslegt, daß das Versäumnißzwischenurtheil zu erlassen ist, wenn eine der Parteien in einem Termin ausbleibt, der innerhalb der Verhandlung über die Hauptsache unter den Parteien lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt war, wenn also das an und für sich noch offene weitere Gebiet der Parteienverhandlung durch richterliche Bestimmung oder durch das Gesetz (§ 217) für den einzelnen Termin eingeschränkt war. Daß nur unter dieser Voraussetzung ein Versäumnißzwischenurtheil zu ergehen hat,*) ist m. E. der wesentliche von Wach verkannte Punkt. Wach will auch den Zwischenstreit mit Dritten, sofern der Entscheidung nothwendig eine mündliche Verhandlung vorangehen mußte, z. B. den Streit über den Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention (§ 68) und den Streit über die Pflicht eines Rechtsanwalts zur Rückgabe einer Urkunde (§ 126) dem Versäumnißzwischenurtheil unterstellen. Das widerlegt sich m. E. schon dadurch, daß gegen das in diesen Zwischenstreitigkeiten ergehende Zwischenurtheil nach ausdrücklicher Vorschrift nur sofortige Beschwerde zuläßig ist. Wach sucht aus allgemeinen Gesichtspunkten heraus nach Beschränkungen seines Satzes, daß auf jede obligatorische mündliche Verhandlung über einen Zwischenstreit ein Versäumnißzwischenurtheil ergehen könne. Er findet eine solche Beschränkung in der Norm, daß die zu entscheidende Frage der Disposition der Parteien nicht entzogen sein dürfe. Von den dabei gewählten Beispielen scheint mir der Fall, daß, nachdem das Prozeßgericht die Abnahme eines deferirten Eides beschlossen hat, vor dem beauftragten oder er-

*) Soweit nicht das besondere weiter unten zu besprechende Versäumnißzwischenurtheil des § 430 in Frage steht.

suchten Richter ein Streit über die Zulässigkeit der Eidesdelation entstanden ist und daß nun dieser Zwischenstreit vom Prozeßgericht erledigt werden muß, dem dabei angezogenen § 331 der Civilprozeßordnung nicht zu entsprechen. Der Beispielsfall läßt keinen Streit erkennen, der sich bei der Beweisanordnung erheben kann, es ist ein Streit über die Zulässigkeit der Beweisanordnung, des Beschlusses oder Erkenntnisses, welches die Abnahme des Eides anordnete. Der beauftragte oder ersuchte Richter wird den Streit als einen solchen, der sich nicht erst bei der Beweisaufnahme erheben konnte, unbeachtet lassen müssen. Was die als ferneres Beispiel gewählte Berichtigung des Thatbestandes anlangt, so ist das Verfahren darüber ein außerhalb der Verhandlung der Hauptsache liegendes, gesetzlich besonders geordnetes, und deshalb allerdings durch Versäumnißzwischenurtheil nicht zu erledigen. Der Streit über eine Zeugnißweigerung leidet als Zwischenstreit mit einem Dritten nicht ein solches Versäumnißurtheil. — Eine weitere Beschränkung, welche Wach für erforderlich achtet, ist die, daß die Versäumniß vor dem beauftragten oder ersuchten Richter nie zu einem Versäumnißurtheil führen könne. Vor dem beauftragten oder ersuchten Richter kann niemals ein Theil der mündlichen Verhandlung über die Hauptsache, auch nicht in einem Zwischenstreit stattfinden; insofern ist der Satz gewiß richtig. Für unrichtig aber halte ich die Hereinziehung der Bestimmung des § 430 der Civilprozeßordnung unter die Fälle dieses eigentlichen Versäumnißzwischenurtheils, des Zwischenurtheils über einen zur Hauptverhandlung gehörigen Zwischenstreit. Das hier vorgeschriebene besondere Versäumnißurtheil für den Fall des Ausbleibens des Schwurpflichtigen im Termine zur Eidesleistung halte ich allerdings mit Wach für eine unglückliche und bedenkliche Schöpfung der Civilprozeßordnung, aber das einmal vorhandene Gesetz muß gewahrt werden. Wach geht — wie freilich auch fast alle Kommentatoren — davon aus, daß das Versäumnißurtheil des § 430 nicht von dem beauftragten oder ersuchten Richter, sondern lediglich vom Richter der Hauptsache erlassen werden könne. Er meint ferner, daß in den Fällen, in welchen vor dem Prozeßgericht der Termin zur Eidesleistung und mündlichen Verhandlung anstand, beim Ausbleiben des Schwurpflichtigen auf Antrag des Gegners statt des im § 430 bezeichneten Urtheils sogleich das Hauptversäumnißurtheil erlassen werden könne. Beides halte ich für unrichtig.

Die Civilprozeßordnung steht, wie Wach selbst anerkennt, auf dem Standpunkte, den Parteien ein Zurückfallen in die mündliche Verhandlung der Hauptsache so lange nicht zu gestatten, als nicht die Beweisanordnungen des Gerichts erledigt sind. Aus diesem Grunde ist im Termine zur Zeugenvernehmung und mündlichen Verhandlung der Antrag auf Versäumnißurtheil gegen den ausgebliebenen Prozeßgegner nicht eher statthaft, als bis die Zeugen vernommen sind. So Wach selbst S. 123. Auch die Anordnung eines Parteieneides — gleichviel ob durch Beweisbeschluß oder durch Urtheil — hat den Karakter der Beweisanordnung. Ableistung des Eides ist Beweisaufnahme — aber nicht die einzige Form der Beweisaufnahme bezüglich jener Beweisanordnung. Der Beweis nach dem Erlaß der Anordnung der

Eidesleistung kann auch durch Verzicht auf die Eidesleistung, durch Eidesweigerung oder durch das Versäumnißurtheil, welches den Eid für verweigert erklärt, erbracht werden. So ist dieses Versäumnißurtheil Theil des Beweisaufnahmeverfahrens, nicht Theil der mündlichen Verhandlung.

Hieraus ergiebt sich, der erschienene Gegner des Eidespflichtigen kann nicht den Antrag auf Versäumnißurtheil in der Hauptsache stellen, bevor nicht die Anordnung der Abnahme des Eides durch Verzicht auf das Beweismittel oder durch Erledigung der Anordnung nöthigenfalls in der Form des Versäumnißzwischenurtheils ausgeführt ist. Es ergiebt sich aber ferner, daß auch der Erlaß des Versäumnißzwischenurtheils als Theil des Beweisaufnahmeverfahrens dem beauftragten oder ersuchten Richter zusteht, welcher den Eid abnehmen sollte. Es handelt sich hierbei gar nicht um Entscheidung eines Streits, sondern lediglich um Feststellung einer Versäumnißfolge innerhalb des Verfahrens, das dem beauftragten oder ersuchten Richter in die Hände gegeben ist, und ohne jeden Eingriff in die Rechtsstellung des Prozeßgerichts. Wie das Ergebniß der Eidesleistung, der vor dem gedachten Richter erklärten Verzichtleistung auf Abnahme des Eides und der erklärten Weigerung wird das Prozeßgericht das Ergebniß der von dem ersuchten oder beauftragten Richter in der Form und mit den Wirkungen eines Versäumnißurtheils ausgesprochenen Annahme, daß der Eid als verweigert anzusehen sei, als Beweis in Betracht zu ziehen haben.

Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so wird hier im Fall der Kontumaz vor dem beauftragten oder ersuchten Richter wenigstens etwas von den sonst eintretenden Weiterungen des Verfahrens, wie sie Wach schildert, vermieden. Nach meinem Erachten wird freilich der Prozeßrichter, an welchen die Sache von dem ersuchten oder beauftragten Richter zurückkommt, ohne daß der Gegner des ausgebliebenen eidespflichtigen Theils das Versäumnißzwischenurtheil beantragt hatte, die Beweisaufnahme nicht als abgeschlossen ansehen können, und der vor dem Prozeßgericht anberaumte Termin wird zunächst zur Fortsetzung der Beweisaufnahmeverhandlungen zu bestimmen sein, so daß hier noch der Antrag auf das Versäumnißzwischenurtheil nachgeholt werden kann. Der Prozeßrichter wird zum Erlaß desselben befugt sein, da er in jedem Augenblick die Beweisverhandlungen wieder vor sich ziehen kann. Es bleibt also eine unendlich unbequeme Verschleppung der Sache möglich. Indessen für viele Fälle wird sie vermieden und ich sehe nicht ein, aus welcher Bestimmung der Civilprozeßordnung die Unzuständigkeit des beauftragten oder ersuchten Richters zu jenem Versäumnißurtheil folgen sollte, vielmehr scheint mir, als ob diese Zuständigkeit sich ohne Weiteres ergiebt, wenn man festhält, daß das Versäumnißurtheil des § 430 als Theil des Beweisaufnahmeverfahrens anzusehen ist.

Ein anderer mir in hohem Maße bedenklicher Punkt in den Wach'schen Auseinandersetzungen über das Versäumnißverfahren ist, was S. 134 der Vorträge bezüglich des Hauptversäumnißurtheils gegen den Kläger ausgeführt ist. Die von der Mehrzahl der Kommentatoren getheilte Auffassung des § 295 der Civilprozeßordnung geht dahin, daß beim Ausbleiben des Klägers in der mündlichen Verhandlung das abweisende Versäumnißurtheil

ohne jede Sachprüfung zu ergehen habe. Wie Siebenhaar und Petersen ist Wach nur bedingt dieser Ansicht. Er erörtert den Fall, wenn der Klage die von Amtswegen zu berücksichtigenden und von der Partei nicht herzustellenden Voraussetzungen einer Klage fehlen, z. B. wenn die Sache zum Rechtswege nicht geeignet ist, oder wenn das Gericht unzuständig und eine Prorogationsmöglichkeit nicht vorhanden ist. Nach § 300 Nr. 1 der Civilprozeßordnung möchte ich Wach darin beistimmen, daß in solchem Falle der Erlaß des eine Sachentscheidung enthaltenden abweisenden Versäumnißurtheils abzulehnen ist.*) Wach aber geht weiter. Der Richter soll sich nicht auf Abweisung des Antrags auf das Versäumnißurtheil beschränken, er soll ohne kontradiktorische Verhandlung von Amtswegen ein kontradiktorisches Urtheil auf „Abweisung der Klage als unstatthaft" erlassen. Wach will hiermit eine Lücke der Civilprozeßordnung ausfüllen, und es ist zuzugeben, der Verklagte kommt in Folge der Abweisung des Antrags auf Versäumnißurtheil und da kontradiktorisch bei dauernder Säumniß des Klägers nicht verhandelt werden kann, nicht zu einem Urtheil auf Erstattung der ihm durch die Klage erwachsenen Kosten. Aber es geht doch nicht an, diese Lücke so willkürlich durch ein von Amtswegen zu erlassendes kontradiktorisches Urtheil ohne kontradiktorische Verhandlung auszufüllen, das der Civilprozeßordnung schlechthin fremd ist.

Die vorstehenden Bemerkungen wollen nicht den Anspruch erheben, über die Lösung der Zweifel des Versäumnißverfahrens klares Licht zu verbreiten. Sie werden als eine abweichende Auffassung den Erörterungen Wachs gegenübergestellt, um zu belegen, daß der Verfasser nach Ansicht des Referenten hier nicht, wie an anderer Stelle seiner Vorträge eine so sichere Lösung gefunden hat, daß man sich derselben ohne Bedenken anschließen möchte.

E.

---

## 41.

**Der Reichs-Civilprozeß.** Von Dr. Hermann Fitting, ordentl. Professor der Rechte zu Halle. Vierte, neu bearbeitete Auflage. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1879.

Der große Beifall, welchen das Unternehmen des Verfassers gefunden hat, wird am sichersten dadurch bezeugt, daß in kurzer Zeit die vierte Auflage seines Reichs-Civilprozesses nöthig geworden ist. Während die früheren Auflagen im Wesentlichen nur einen Abdruck der ersten enthielten, erscheint die vierte als eine, wie der Verfasser sagt, völlig neue Bearbeitung. Er hat empfunden, daß für ihn mit dem Inkrafttreten der Reichsprozeßgesetze die Aufgabe erwachsen ist, bei der praktischen Anwendung der Gesetze durch Hindeutung auf alle wichtigeren auftauchenden Einzelfragen eine fortlaufende

---

*) Daß das Gleiche auch bei einem Versäumnißurtheil gegen den Verklagten zu sagen wäre, wie es bei Wach S. 120 heißt, scheint mir nicht richtig: das Versäumnißurtheil gegen Verklagten kann ergehen, aber es wird den Inhalt haben, daß die Klage als unstatthaft abzuweisen.

Unterstützung zu gewähren. Zu diesem Zwecke ist die Darstellung vielfach berichtigt, noch weit öfter aber erweitert und vervollständigt worden.

Wir erkennen an, daß das Fitting'sche Buch wie an äußerem Umfange, so auch an innerem Werthe durch diese Umarbeitung erheblich gewonnen hat. Namentlich sind die Anmerkungen, in welchen die in der Literatur hervorgetretenen Kontroversen berücksichtigt werden, an Zahl und Inhalt vermehrt worden. Wir haben auch bemerkt, daß einzelne Monita, wie z. B. das von uns Band XXIII. S. 470 in Betreff der Definition der Anerkennungsklagen ausgesprochene, zu Aenderungen Anlaß gegeben haben. Dennoch ist die Signatur, welche der Verfasser seinem Werke gegeben hat, durch die Umarbeitung desselben im Ganzen nicht verändert. Wir möchten kaum glauben, daß der Praktiker in Betreff der ihm entgegentretenden Bedenken diejenige Unterstützung darin findet, welche der Verfasser ihm gewähren möchte. Dem Bedürfniß nach einem den Anforderungen der Wissenschaft und Praxis entsprechenden Lehrbuche des Civilprozesses wird u. E. durch das Fitting'sche Werk auch jetzt noch nicht genügt.

Rassow.

---

## 42.

**Die Feststellungsklage.** Zwei Abhandlungen von Dr. Jakob Weismann, Privatdozent an der Universität Leipzig. Bonn. Bei Adolph Marcus. 1879.

Der im letzten Hefte des vorigjährigen Bandes dieser Beiträge gelegentlich ausgesprochene Wunsch des Ref., daß bald eine eingehende monographische Darstellung der Feststellungsklage erscheinen möge, ist durch obige Schrift schnell verwirklicht worden. Mit derselben hat sich der Verfasser in so vorzüglicher Weise in die Literatur eingeführt, daß wir von ihm voraussichtlich noch sehr bedeutende Leistungen erwarten dürfen. Die Schrift zerfällt in zwei getrennte Abhandlungen. Die erste: „Zur Geschichte der Feststellungsklage" (S. 1—110) „beabsichtigt die historischen Wurzeln der Feststellungsklage nachzuweisen und in Verbindung damit die Mannigfaltigkeit der Formen zu zeigen, durch welche in der Vergangenheit das Feststellungsbedürfniß sich Befriedigung verschafft hat"; die zweite Abhandlung (S. 113—165) beschäftigt sich speziell mit der Feststellungsklage der Reichscivilprozeßordnung.

In der ersten Abhandlung wird nachgewiesen (vgl. besonders S. 99 ff.), daß die Feststellungsklage nicht römischen Ursprungs ist, speziell sich nicht aus den römischen Präjudizialklagen entwickelt hat, sondern daß sie deutschen Wurzeln entsprossen ist und namentlich durch die mittelalterliche italienische Doktrin und Praxis ihre reiche Ausbildung erhalten hat. Es wird in dieser Richtung zunächst das mittelalterliche deutsche Recht (S. 2—27), sodann in einem zweiten Abschnitt (S. 33—101) das mittelalterliche italienische Recht, das kanonische Recht, die italienische Doktrin und die spätere gemeinrechtliche Fortbildung dargestellt. Der Schwerpunkt liegt in der Darstellung des mittelalterlichen italienischen Rechts; um eine Vorstellung von dem reichen Inhalte dieses Theils zu geben, heben wir folgende Institute her-

vor, die im Einzelnen untersucht werden: Klagen auf silentium imponi, gerichtliche Konfirmation, Richtigkeitsklage, die inquisitio in Feststellungsfunktion, des interdictum uti possidetis als Feststellungsmittel, inzidente und prinzipale Feststellungsklage, Beurkundungsklage (Urkundenanerkennung, Urkundenerneuerung), Publicatio testium, Provokationsverfahren im Statutarrecht, Provokationen des kanonischen Rechts, Rechtsstreit unter Anspruchsprätendenten, die Extrajudizialappellation als Feststellungsmittel, die remedia ex lege diffamari und ex lege si contendat. Die spätere gemeinrechtliche Fortbildung ist hingegen nur anhangsweise skizzirt; „eine ausführlichere, bei der Lückenhaftigkeit des gedruckten Materials übrigens doch nothwendig unbefriedigende Darlegung, in welcher Weise das gemeine Recht mit den überlieferten Formen gewirthschaftet habe, lag von vornherein nicht im Plan der Arbeit." Das Resultat der Untersuchungen des Verfassers ist, daß geschichtlich die negative Feststellungsklage, das silentium imponi in seinen verschiedenen Gestaltungen, die Grundlage der modernen Feststellungsklage gewesen. Diese historischen Untersuchungen, die sich überall auf ein sehr reiches und vortrefflich verarbeitetes Quellenmaterial stützen, bilden jedenfalls eine bleibende, werthvolle Bereicherung der Rechtsgeschichte. Man kann hier aus einem einzelnen Beispiel entnehmen, welche Schätze in den mittelalterlichen, namentlich italienischen Quellen noch zu heben sind. Neuerlich hat noch Schultze in seiner Abhandlung über die Nebenintervention darauf hingewiesen, daß man sich allzusehr daran gewöhnt habe, alles Schwergewicht nur auf den klassischen römischen Prozeß zu legen und die ganze reiche spätere Entwicklung darüber zu übersehen. Die Schrift Weismanns wird, auch abgesehen von ihren speziellen Resultaten, wesentlich dazu beitragen, auf die Abänderung dieser Methode im Sinn einer wahrhaft geschichtlichen Schule hinzuwirken, welche in dem römischen Rechte nur die historische Grundlage, nicht den Abschluß des gemeinen Rechts erblickt. In dieser Beziehung steht die Methode des Verfassers von vornherein im strengsten Gegensatze zu dem einseitig romanistischen Werke von Degenkolb über Einlassungszwang und Urtheilsnorm, dessen vortrefflichen und anregenden Gehalt wir im Uebrigen keineswegs unterschätzen.

Die zweite Abhandlung des Verfassers enthält eine dogmatische Darstellung der Feststellungsklage der jetzigen C.P.O. Im Unterschied zu Degenkolb statuirt Weismann einen strikten Gegensatz zwischen Feststellungsurtheil und kondemnatorischem Urtheil. Das erstere soll nur auf die Vorstellung, das letztere auf den Willen einwirken. Die Wirksamkeit des Feststellungsurtheils besteht ganz in seiner positiven Rechtskraft in dem Sinne, daß die prozessuale Bestreitung des festgestellten Rechtsverhältnisses unter den Parteien künftig unwirksam ist. Die nothwendige Kehrseite dieses Satzes ist: das Bestehen eines Rechtsverhältnisses, welches Gegenstand eines Feststellungsprozesses gewesen ist, kann in einem künftigen Prozesse unter den Parteien mit Wirksamkeit dann nicht behauptet werden, wenn die Feststellungsklage aus dem Grunde abgewiesen worden ist, weil das behauptete Rechtsverhältniß nicht bestehe (S. 122). Dagegen findet aus einem Feststellungsurtheil niemals eine Exekution statt.

Letzteres wird in ausführlicher Polemik gegen Degenkolb dargethan, woran sich naturgemäß die Darstellung der Pseudo-Feststellungsklagen knüpft, welche in Wahrheit nur verhüllte kondemnatorische Klagen sind. Dieser Abschnitt (S. 136—150) ist wegen seines reichen kasuistischen Details und wegen der zwar nicht immer unanfechtbaren, aber stets geistvollen juristischen Konstruktion dieser „Grenzfälle" besonders anziehend und belehrend. Die eigentliche juristische Konstruktion der Feststellungsklage ergiebt sich dem Verfasser aus dem Begriff der Prozeßantizipation. „Feststellungsprozesse sind allemal antizipirte Prozesse; sie sind nicht eigentliche selbständige judicia, sie entbehren der actio, antizipirt sind in ihnen als künftighin möglich gedachte Prozesse über solche Ansprüche, zu denen das Fundament jedenfalls bereits gelegt sein muß durch gegenwärtige Rechtsverhältnisse. Antizipirt werden diese Prozesse insoweit, als nothwendiger Bestandtheil derselben die Feststellung dieser gegenwärtigen Rechtsverhältnisse sein müßte. Die Feststellungsklage ist Nichts weiter als der Antrag auf diese Prozeßantizipation" (S. 153). Aus diesem Prinzip werden dann im Einzelnen die Konsequenzen gezogen, freilich nicht in erschöpfender Weise, wie denn z. B., um nur Eines zu erwähnen, die Frage der Unterbrechung der Verjährung übergangen ist. Ohne uns im Uebrigen in das Detail der Lehre zu verlieren, müssen wir zur Klarlegung der Theorie des Verfassers noch seine Ansicht über den zuläßigen Gegenstand des Feststellungsprozesses sowie über das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung als Voraussetzung der Feststellungsklage erwähnen.

„Gegenstand eines Feststellungsprozesses kann an sich jedes rechtlich bestimmte Verhältniß, also z. B. auch der Besitz sein, es muß aber nothwendig ein solches sein, aus welchem unter den Parteien Ansprüche erwachsen können; es folgt dies unmittelbar aus der gegebenen Konstruktion der Feststellungsklage. Ein Feststellungsprozeß ist nur möglich zwischen solchen Parteien, zwischen welchen auf Grund des Feststellungsurtheils eine rechtswirksame Verurtheilung möglich ist" (S. 155).

„Das Interesse muß ein Interesse an der Feststellung als solcher sein; es muß in der Feststellung seine Befriedigung finden. Es muß ein Interesse an der antizipirten Feststellung sein, ist also regelmäßig nicht vorhanden, wenn bereits ein gegenwärtiger Anspruch aus dem festzustellenden Rechtsverhältniß erwachsen ist. Es muß ein rechtliches, d. h. ein vom Rechte anerkanntes sein; und zwar ein vom Privatrecht anerkanntes; denn der Civilprozeß steht seinem Begriff nach nur im Dienst des Privatrechts."

Der Kernpunkt der Auffassung des Verfassers ergiebt sich namentlich aus folgendem Passus:

„Freilich würde das so (wie vorstehend) definirte Interesse nicht ausreichen, ein Rechtsmittel zu begründen; aber es genügt, um ein an sich schon bestimmtes Rechtsmittel in seiner Anwendung zu beschränken. Nicht ist der Feststellungsprozeß voraussetzungslos, wie das deutschrechtliche Erbieten zur Vertheidigung; nach unserer Vorstellung ist der Civilprozeß wesentlich zum Schutze gegenwärtiger rechtlicher Interessen bestimmt. Aber in unserm Fall erfüllt er diese Aufgabe nicht, indem er eine actio durch-

setzt; die actio ist nicht die einzige denkbare Gestalt des Interessenschutzes. Das zeigt deutlich das historische Beispiel der Extrajudizialappellation; sie ist ein ganz abstraktes, auf alle Rechtsverhältnisse anwendbares Schutzmittel; sie setzt ein Recht nur insofern voraus, als es nothwendig erscheint, ein relevantes gravamen zu begründen. Die Klage auf Konfirmation, die Klage auf Richtigkeitserklärung sind von Haus aus prozessualische Rechtsmittel. Die allgemeinen Feststellungsmittel des italienischen Mittelalters stehen in ausgesprochenem Gegensatz zum Aktionensystem. Auch die Feststellungsklagen der Civilprozeßordnung sind an sich ganz prozessualisch gedacht. Unzweifelhaft hat beim Vorhandensein des rechtlichen Interesses der Kläger ein Recht auf Feststellung; er hat einen Feststellungsanspruch — aber in keinem andern Sinn, als er etwa einen Anspruch auf Sicherung seines Beweises hat. Man mag also immerhin von Feststellungsansprüchen reden — wenn man sich nur des Unterschiedes der Feststellungsansprüche von den rein materiellrechtlichen Ansprüchen, den Aktionen, bewußt bleibt; zweckmäßiger scheint es aber jedenfalls, diesen Unterschied auch in der Terminologie nicht zu verwischen.“ (S. 160, 161.)

Die Ansicht des Verfassers über das Wesen der Feststellungsklage kann hiernach dem Leser nicht mehr zweifelhaft sein. Er steht offenbar mit den Motiven zur C.P.O. und mit Windscheid (Pand. § 45 a. E.) auf demselben Standpunkt. Wie er das Feststellungsurtheil dem kondemnatorischen Urtheil unvermittelt entgegenstellt, so löst er auch die Feststellungsklage als „wesentlich prozessuales Gebilde“ gänzlich ab von der materiellen actio aus dem Rechtsverhältnisse, er konstruirt in der Feststellungsklage eine Klage ohne actio. Referent kann diese Theorie nicht für richtig halten. Nach seiner Ansicht ist die Feststellungsklage mit der eigentlichen actio, dem Erfüllungsanspruch, materiell identisch; nur die Richtung beider ist verschieden, indem die Erfüllungsklage neben der logischen Feststellung auf obrigkeitlichen Zwang, die Feststellungsklage nur auf erstere geht, oder, um die treffende Formel Weismanns zu gebrauchen, indem sich die Feststellungsklage nur an die Vorstellung, die Erfüllungsklage auch an den Willen richtet. Ein wirklicher konkreter Anspruch im materiellen Sinn muß aber nach Ansicht des Referenten auch mit der Feststellungsklage geltend gemacht werden, mag dieser Anspruch auch noch nicht fällig oder noch bedingt sein, ja in gewissem Sinn sogar noch als zukünftiger gelten. Die Richtigkeit dieser Ansicht, die sich der Degenkolb'schen Auffassung nähert, aber von derselben doch in wesentlichen Punkten abweicht, kann hier nicht näher nachgewiesen werden. Ich hebe nur hervor, daß die Weismann'sche Theorie in ihren Folgerungen nothwendig den realen Boden konkreter Bestimmtheit unter den Füßen verlieren und zu einem abstrakten Gebilde kommen muß, das weiterhin zu den Gefahren führt, die Degenkolb in allerdings vielleicht etwas zu grellen Farben geschildert hat. Diese Konsequenzen treten nirgends deutlicher hervor, als bei der Erörterung der Frage, welche Einreden gegen die Feststellungsklage zuläßig sind. Weismann hat diese Frage unverhältnißmäßig kurz abgehandelt, er lehrt (S. 118), daß nur solche Einreden zuläßig sind, welche das Bestehen des Rechtsver-

hältnisses selbst verneinen (also rechtshindernde und rechtsvernichtende), während er die Einreden, die auf einem selbständigen Recht beruhen, ebenso alle dilatorischen Einreden ausschließt. In dieser Allgemeinheit zum mindesten ist dies gewiß unhaltbar; es muß z. B. unbedingt zulässig sein, die Rechtsbeständigkeit eines Kaufgeschäftes gegenüber einem angeblichen redhibitorischen Mangel durch die actio emti venditi in Feststellungsfunktion urtheilsmäßig festzustellen, und ich vermag nicht einzusehen, warum der Mangel einer solchen Klage gegenüber nur durch Widerklage und nicht auch durch Einrede geltend zu machen sein soll. Doch ist hier nicht der Ort, auf diese und andere Fragen, z. B. die nach dem Einfluß der Feststellungsklage auf das materielle Recht der verschiedenen Eigenthumsklagen, namentlich rücksichtlich der Aktiv- und Passivlegitimation u. s. w., näher einzugehen.

Wenn hiernach das Werk des Verfassers das Problem des Wesens der Feststellungsklage noch nicht gelöst hat, so hat es doch zweifellos die werthvollsten Bausteine für die Geschichte und Theorie derselben beigebracht, für welche jeder künftige Bearbeiter der Lehre, wie die Wissenschaft überhaupt, dem Verfasser den größten Dank schuldet. Albert Westerburg.

---

## 43.

**Lexikon der Civilprozeß- und Konkursgesetzgebung des deutschen Reichs.** Zusammengestellt von Dr. W. von Melle, Rechtsanwalt zu Hamburg. Zweite unveränderte Auflage. Hamburg. Otto Meißner. 1879.

Wir wollen nicht verhehlen, daß wir dies Buch mit einem gewissen Mißtrauen in die Hand genommen haben. Es ist in den letzten Jahren bei der Art der Veröffentlichung des Inhalts unserer neuen Prozeßgesetze alles Denkbare oder vielleicht Nichtdenkbare geleistet, und wir fürchteten, daß auch dies Lexikon eine Spezies eines buchhändlerischen Experiments sei. Wir verkennen jedoch nicht, daß das Buch mehr Werth hat, als wir anfänglich vermutheten. Die Aufgabe, sich in den umfangreichen Gesetzen oder den noch umfangreicheren Kommentaren zurecht zu finden, ist keine leichte, namentlich im Anfange ihrer Geltung, so lange nicht Richter und Anwalte durch die Anwendung mit den einzelnen Vorschriften vertraut geworden sind. Die Schwierigkeit, welche dadurch für den Praktiker entsteht, hat den Verfasser zu dem Versuche geführt, den gesammten Inhalt der Civilprozeßordnung, der Konkursordnung, der Anwaltsordnung, des entsprechenden Theiles des Gerichtsverfassungsgesetzes sowie mehrerer kleiner Reichsgesetze lexikalisch zusammen zu stellen. Wir sind überrascht gewesen, wie sehr die Orientirung in den Gesetzen dadurch erleichtert wird. Neues Material zur Erklärung der Gesetze hat der Verfasser, wie er selbst sagt, nicht geben wollen. Den von ihm erstrebten Zweck erfüllt er nach unserm Dafürhalten. Wir empfehlen deshalb das Buch der Beachtung unserer Berufsgenossen. Rassow.

---

## 44.

**Das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten**
1. vor den Amtsgerichten,
2. vor den Landgerichten, Oberlandesgerichten, obersten Landesgerichten und dem Reichsgericht.

Zu 1 und 2 in tabellarischer Uebersicht zusammengestellt von Dr. Joh. Merkel. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1879.

Die beiden vorstehenden tabellarischen Uebersichten enthalten ungefähr dasjenige, was man in einem kurzgefaßten Grundriß zu Vorlesungen oder einem sachlichen Inhaltsverzeichniß eines Lehrbuchs zu finden pflegt, und zwar auf je einem Blatte von etwa 1 Meter Länge und $^2/_3$ Meter Höhe in tableaumäßiger Zusammenstellung. Sie sollen wohl hauptsächlich in den Fällen, in welchen in der Diskussion oder im Drange der Geschäfte Fragen hervortreten, über welche man sich schnell zu orientiren wünscht, die Auffindung der maßgebenden Gesetzesstellen erleichtern. Das Format scheint darauf hinzudeuten, daß sie nach der Absicht des Verfassers an den Wänden der öffentlichen und privaten Arbeitszimmer der Juristen befestigt werden sollen. Bei voller Anerkennung der Sorgfalt, mit welcher der Verfasser bei dem Entwurf dieser Hilfsmittel zu Werke gegangen ist, und bei aller Dankbarkeit für die gute Absicht, die ihn dabei geleitet hat, müssen wir doch bekennen, daß wir unsererseits zu einem rechten Verständniß für den Nutzen, den sich der Verfasser von seiner Arbeit versprochen hat, nicht gelangt sind.

Küntzel.

---

## 45.

**Im Deutschen Gerichtshof.** Gemeinverständliche Belehrung über die Reichs-Justizgesetze. Separatabdruck der in der „Berliner Gerichts-Zeitung" veröffentlichten Erörterungen über die Reichs-Justizgesetze. Berlin. Verlag von Gustav Behrend (Herm. Förstner). 1879.

Die populären Leitartikel, mit welchen die Berliner Gerichts-Zeitung das Laienpublikum auf die mit dem 1. Oktober v. J. eingetretenen Rechtsveränderungen vorzubereiten suchte, sind in der vorstehend angezeigten Schrift, wie das Vorwort besagt auf vielseitigen Wunsch, nochmals zusammengestellt und erneut veröffentlicht worden. Sie sind offenbar nicht für Juristen bestimmt und werden dem Juristen auch nicht viel nützen. Dagegen enthalten sie viele leichtfaßliche Darlegungen, aus denen das nicht juristisch gebildete Publikum ein ungefähres Bild über die hauptsächlichen Aenderungen in der Rechtsprechung empfängt, und da sie von einem den neuen Gesetzen wohlwollenden Standpunkte aus geschrieben sind, so wird ihre Verbreitung den von dem nicht genannten Verfasser gehofften Nutzen haben. Sie bedürfen freilich mancher Berichtigung. Wir wollen als dringend davon zwei bezeichnen:

1) S. 109 wird gelehrt, daß die Erwerber von Hypothekenforderungen durch das Pfändungspfandrecht des § 709 insofern gefährdet seien, als

der Pfändungspfandgläubiger dem gutgläubigen, in den Besitz des Hypothekenbriefs gelangten Cessionar vorgehe, auch wenn die Pfändung nicht im Grundbuche eingetragen sei.

Dies beruht auf einer unrichtigen Auffassung des § 731 der C.P.O. und bezw. einer Nichtbeachtung des § 16 des Ausführungsgesetzes zur C.P.O. vom 24. März 1879 und § 49 des Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872.

2) Aus § 801 C.P.O. wird S. 123 gefolgert, es mache jetzt allein schon der Umstand, daß durch einen Arrest ein Schaden entstanden sei, ohne Rücksicht auf dolus oder culpa des Arrestklägers ersatzpflichtig.

Davon besagt die C.P.O. nichts. In dieser Beziehung ist das materielle Recht des A.L.R. ebensowenig geändert, als es sich mit der analogen Vorschrift des § 31 Nr. 3 A.G.O. I. 29 im Widerspruch befand.

Die Bemerkung (ebenda), daß das A.L.R. zur Begründung der Pflicht zum Ersatz außerkontraktlichen Schadens den Nachweis einer auf Beschädigung gerichteten Absicht erfordere, beruht wohl nur auf einem Versehen.

Unschädlicher ist der Irrthum S. 87, daß nach dem Gesetze, betreffend das Hinterlegungswesen vom 19. Juli 1875, die hinterlegten Gelder Eigenthum der Parteien geblieben seien. § 1 dieses Gesetz besagt das Gegentheil.

Küntzel.

---

## 46.

**Die Justiz-Verfassung in Preußen nach Reichs- und Landesrecht.** Von W. Turnau, Landgerichtsrath. Zweiter Theil. 1. Lieferung. Berlin und Leipzig. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1880.*

Nach der Ankündigung der Verlagshandlung und nach dem Inhalte der vorliegenden Lieferung beabsichtigt der Verfasser, das gesammte die Justizverfassung in Preußen betreffende Material zusammenzustellen und zu kommentiren. Die erste Abtheilung soll das deutsche Ger.-V.-G. vom 27. Januar 1877, das Einführungs-, das preußische Ausführungsgesetz und die diese Gesetze ergänzenden Kaiserlichen Verordnungen, landesgesetzlichen Bestimmungen und Verfügungen der Landesjustizverwaltung enthalten, die zweite Abtheilung die Disziplinargesetze, die Rechtsanwaltsordnung, die Hinterlegungsordnung, die Schiedsmannsordnung, die Geschäftsanweisungen für die Gerichtsvollzieher und die Gerichtsschreiber ꝛc. bringen. Von dieser zweiten Abtheilung liegt die erste Lieferung vor. Sie enthält die Disziplinargesetze, nämlich:

1) die preußischen Gesetze vom 9. April 1879, 7. Mai 1851 und 21. Juli 1852, denen die Zirkularverfügungen des evangel. Ober-

---

* Während des Druckes ist auch die 2. Lieferung des zweiten Theils erschienen. Sie enthält die Rechtsanwaltsordnung, das Gesetz und die Verordnung, betr. den Uebergang von Rechtssachen auf das Reichsgericht und die Bestimmungen über die juristischen Prüfungen und den Vorbereitungsdienst.

kirchenraths vom 24. Mai und 22. Juli 1876, betreffend das Disziplinarverfahren bei Dienstvergehen der Superintendenten, Geistlichen und niederen Kirchendiener und die Einleitung der Disziplinar-Untersuchungen, hinzugefügt sind, ferner die Verordnung für die Notarien in den niederrheinischen Provinzen vom 25. April 1822 und das Gesetz vom 29. Mai 1879, betreffend die Rechtsverhältnisse der Studirenden &c.,

2) das Gesetz, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, vom 31. März 1873.

An den Namen des Verfassers knüpft sich die Zuversicht, daß das Werk in Bezug auf Zuverlässigkeit, Vollständigkeit und Gründlichkeit hochgespannten Anforderungen entsprechen werde, und dieser Zuversicht wird die vorliegende Lieferung gerecht. Ein abschließendes Urtheil läßt sich selbstredend erst gewinnen, wenn weitere Theile des Werkes, namentlich der ersten Abtheilung, erschienen sind. Küntzel.

---

## 47.

**Die preußische Gerichtsverfassung.** — Das Deutsche Gerichtsverfassungsgesetz und das Einführungsgesetz, das preußische Ausführungsgesetz und die Preußischen Ergänzungsgesetze, Verordnungen und Ministerialverfügungen. Auf Grund der Materialien erläutert von W. Munk, Amtsrichter in Berlin. Berlin 1880 bei Puttkammer und Mühlbrecht.

Das S. 774 des vorigen Jahrganges der Beiträge angezeigte Werk liegt nunmehr vollständig vor. Da der größte Theil desselben zu einer Zeit erschienen ist, in der die Reorganisation der Gerichte noch nicht abgeschlossen war, so hat sich der Verfasser in der Lage gesehen, eine Reihe ergänzender Verordnungen und Verfügungen in einem Nachtrage zusammenzustellen. Die Uebersichtlichkeit der Arbeit wird dadurch nur wenig beeinträchtigt. Wir können das günstige Urtheil über das mit vollständiger Beherrschung des Stoffes, großer Sorgfalt und Schärfe geschriebene Buch nur wiederholen und bekennen unsererseits, wiederholt über zweifelhafte Fragen sachgemäße Belehrung in demselben gefunden zu haben.

Daß einzelne seiner Ansichten anfechtbar sind, gereicht ihm selbstredend nicht zum Vorwurf. So vermögen wir die von ihm S. 4 erörterte Inkongruenz zwischen § 19 des preußischen Gesetzes betreffend den Forstdiebstahl vom 15. April 1878 mit § 77 des G.V.G. nicht anzuerkennen.

§ 19 Abs. 3 bestimmt:

Für die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Berufung sind die Strafkammern zuständig; dieselben entscheiden in der Besetzung von drei Mitgliedern einschließlich des Vorsitzenden.

Diese landesgesetzliche Bestimmung gründet sich auf § 3 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zur R.Str.P.O., welcher lautet:

Die Landesgesetze können anordnen, daß Forst- und Feldrügesachen

durch die Amtsgerichte in einem besonderen Verfahren, sowie ohne Zuziehung von Schöffen verhandelt und entschieden werden.

Der Verfasser führt nun aus, daß die Frage, in welcher Besetzung die Gerichte zu entscheiden haben, nicht das Verfahren, sondern die Verfassung der Gerichte betreffe, und daß sonach eine andere als die reichsgesetzlich vorgeschriebene Besetzung des Berufungsgerichts in Forst- und Feldrügesachen der Landesgesetzgebung nicht überlassen worden, in dieser Beziehung vielmehr § 77 des G.V.G. maßgebend sei. § 77 a. a. O. bestimme:

Die Strafkammern sind in der Hauptverhandlung mit fünf Mitgliedern, in der Berufungsinstanz bei Uebertretungen und in den Fällen der Privatklage aber mit drei Mitgliedern einschließlich des Vorsitzenden zu besetzen.

Soweit es sich also in Forstdiebstahlssachen, wie in den Fällen der §§ 6 und 8, um Vergehen handelt, bedinge § 77 a. a. O. die Besetzung des Berufungsgerichts mit 5 Mitgliedern.

Indessen scheint uns in dieser Ausführung die Bedeutung des § 77 des G.V.G. überschätzt zu sein. Er darf u. E. nicht isolirt, sondern muß im Zusammenhange mit den vorangehenden, die Zuständigkeit der Strafkammern reichsgesetzlich regelnden Vorschriften in Betracht gezogen werden; d. h. er stellt u. E. die Besetzung der Kammern nur für diejenigen Strafsachen fest, in welcher sie in Folge der ihnen *reichsgesetzlich* übertragenen Kompetenz zu entscheiden haben. Die Kammer *muß* demnach in Gemäßheit des § 77 a. a. O. besetzt sein

a) in den Fällen des §§ 73, 74 G.V.G.,
b) im Falle des § 76 dann, wenn über eine Berufung gegen ein Schöffenurtheil in solchen Sachen zu entscheiden ist, welche nach §§ 27 ff. G.V.G. zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehören oder gemäß § 75 daselbst ihnen überwiesen worden,
c) im Falle des § 211 St.P.O.

Dagegen enthält § 77 u. E. weder die maßgebende Norm für diejenigen Strafsachen, bezüglich deren die Zuständigkeit der Strafkammern nicht reichsgesetzlich, sondern in Folge der Ermächtigung des § 3 des Einf.-Ges. zur St.P.O. landesgesetzlich begründet ist, noch ein reichsgesetzliches Verbot, den mit drei Richtern besetzten Kammern landesgesetzlich andere Berufungen als in Uebertretungsfällen zu übertragen. Bei dieser Auffassung, deren weitere Begründung hier zu weit führen würde, kann eine Kollision zwischen § 19 des Ges. v. 15. April 1878 und § 77 G.V.G. nicht angenommen werden, vielmehr wird man die Berechtigung Preußens zu der Anordnung, daß für die Verhandlung und Entscheidung über Berufungen in Forstdiebstahlssachen die reichsgesetzlich zur Entscheidung bei Uebertretungen in der Berufungsinstanz eingesetzten Organe zuständig sein sollen, wenn nicht schon aus der Ermächtigung zur Bestimmung eines besonderen Verfahrens in diesen Sachen, dann doch aus der Thatsache herzuleiten haben, daß über die Frage der Besetzung des Berufungsgerichts in Forstdiebstahlssachen, sofern sie in erster Instanz nach landesgesetzlicher Vorschrift nicht von den reichsgesetzlich zuständigen Gerichten abgeurtheilt werden, nicht entschieden ist.

Von derselben Ansicht sind augenscheinlich auch die Regierungen und Landesvertretungen der meisten deutschen Staaten ausgegangen, da fast überall dem § 19 des preuß. Ges. v. 15. April 1878 entsprechende Bestimmungen landesgesetzlich eingeführt sind.

Aufmerksam wollen wir schließlich noch darauf machen, daß der Verfasser den § 4 der Justiz-Minist.-Verfügung vom 26. Juli 1879:

> Die Vorsitzenden der Kammern für Handelssachen werden vor Beginn des Geschäftsjahrs und auf die Dauer desselben von dem Präsidenten des Landgerichts bestimmt —

mit § 46 des pr. Ausf.-Ges. v. 24. April 1878, welcher die Bestimmung der Vorsitzenden der Kammern für Handelssachen dem Justizminister überträgt, für unvereinbar und hierauf die Delegationsbefugniß des § 77 des Ges. v. 24. April 1878 nicht für anwendbar hält (S. 435 und 303). Wir möchten glauben, daß bei der allgemeinen Fassung des § 77 a. a. O. auch der Verwaltungsakt des § 46 a. a. O. der Delegationsbefugniß unterliegt, halten es aber für dankenswerth, daß die immerhin nicht zweifellose Frage in Anregung gebracht ist. Küntzel.

---

## 48.

**Die Konkursordnung für das Deutsche Reich** von Julius Petersen. Lahr 1879 bei Moritz Schauenburg.

Dieselben Vorzüge, welche den Petersen'schen Kommentar zur Civilprozeßordnung auszeichnen (vgl. Heft 1 S. 129), sind auch dem vorliegenden Kommentar zur Konkursordnung nachzurühmen. Die Kommentare von Sarwey, Völderndorff und Wilmowski sind eingehend benutzt und wo die Ansichten derselben von der des Verfassers abweichen, wird die Differenz kurz und scharf beleuchtet. Die Uebersichtlichkeit der zu den einzelnen Paragraphen der Konkursordnung gemachten Bemerkungen wird durch sorgfältig gewählte Ueberschriften der einzelnen Abschnitte dieser Bemerkungen erheblich gefördert. E.

---

## 49.

**Die Konkursordnung für das Deutsche Reich vom 10. Februar 1877.** Bearbeitet von Dr. von Sarwey, Kgl. Württemberg. Staatsrath. Berlin. Carl Heymanns Verlag. 1879.

Der uns vorliegende erste Theil des angezeigten Kommentars reicht bis zum § 127 der K.O. Der Verfasser hat es als seine Aufgabe betrachtet, ein praktisches Hülfsbuch allen denjenigen zu liefern, welche sich mit dem Gesetze beschäftigen. In der Rücksicht auf das praktische Bedürfniß hat er jedoch nicht einen Gegensatz zu der wissenschaftlichen Bearbeitung des Gesetzes gesehen, vielmehr seiner Aufgabe gerade durch das wissenschaftliche Erforschen und Erfassen der einzelnen Vorschriften und ihres Zusammenhanges unter einander sowie mit dem ganzen Rechtssysteme gerecht zu werden geglaubt. Wie ihm darin beizustimmen ist, so muß auch

anerkannt werden, daß sein Werk in hervorragendem Maße geeignet ist, die richtige Auffassung des Gesetzes, das Verständniß seiner Beziehungen zu dem bürgerlichen Rechte und des Einflusses auf das letztere und die Lösung der bei der Anwendung seiner Vorschriften sich ergebenden zahlreichen Zweifel zu fördern. Es sind zu diesem Zwecke nicht nur die Motive und die Kommissionsprotokolle benutzt, sondern es zeichnet sich das Buch besonders durch seine lehrreichen dogmengeschichtlichen Untersuchungen und durch eingehende Vergleichungen des neuen und älteren Rechts aus. Dies gilt insbesondere von den das materielle Konkursrecht behandelnden Abschnitten. Berücksichtigt sind dabei gleichmäßig das gemeine, das preußische, französische, bayerische, sächsische und württembergische Recht. Alle diese Rechtsgebiete beherrscht der Verfasser mit Sicherheit. Wir weisen in dieser Beziehung beispielsweise auf die Erläuterungen zu Tit. 2 (Erfüllung der Rechtsgeschäfte), zu Tit. 3 (Anfechtung) und zu Tit. 6 (Aufrechnung) hin, welche eine reiche Quelle der Belehrung bieten.

In Einzelheiten sind seine Ansichten wohl anfechtbar; sie sind jedoch fast überall so eingehend begründet, daß dem Leser das zur Beurtheilung der betreffenden Fragen erforderliche Material geboten wird. Hin und wieder ist die neueste Spruchpraxis nicht berücksichtigt, so S. 18 Note 6, wo entgegen der Plenarentscheidung des R.O.H.G. vom 21. Juni 1878 (Entsch. Bd. 24 S. 1 ff.) und der neueren Judikatur des preuß. Ober-Tribunals — (übrigens auch im Widerspruch mit den Motiven zur K.O.) — ohne weitere Motivirung gelehrt wird, daß der gegen den Akzeptanten eines Wechsels zuständige Anspruch des Indossanten, welcher den Wechsel weiter begeben, jedoch hinterher im Regreßwege wieder eingelöst hat, erst vom Tage dieser Einlösung datire.

Die Schlußlieferung des empfehlenswerthen Werkes ist uns erst während des Druckes zugegangen. Wir kommen darauf später zurück. Küntzel.

---

50.

**Die Deutsche Konkursordnung vom 10. Februar 1877 (Fallimentsgesetz) in gemeinverständlicher Darstellung** von R. Weinhagen, Dr. jur. Zwei Bände. Köln 1879. Selbstverlag des Verfassers.

Der Verfasser hat sich, wie er in der Vorrede sagt, das Ziel gesteckt, durch eine populäre Darstellung des Konkursrechts die Schuldner, die Gläubiger und die Konkursverwalter zu befähigen, ohne irgend welche juristische Vorbildung sich mit dem Systeme der K.O. und mit den einzelnen Bestimmungen derselben soweit vertraut zu machen, daß nur in den seltensten Fällen ein Appell an einen Fachjuristen nothwendig werden soll. Diese Darstellung bildet daher den Kern des Buches; sie zerfällt in 16 Abschnitte und jeder Abschnitt in numerirte Sätze, deren im Ganzen 411 aufgestellt werden. Vorangestellt ist eine 27 Seiten lange, zum Theil polemische, jedenfalls zum Verständniß des Gesetzes kaum beitragende Vorrede und ein 31 Seiten umfassendes Inhaltsverzeichniß. Der zweite Band enthält einige nach der Ansicht des Verfassers noch gültige Bestimmungen der preuß. K.O.

v. 8. Mai 1855, zu denen er in u. E. mißverständlicher Auffassung des § 14 des Einf.-G. zur K.O. auch die §§ 421, 433 rechnet, den Text der deutschen K.O., des Einführungs- und des preuß. Ausführungsgesetzes, des Anfechtungsgesetzes v. 21. Juli 1879, Auszüge aus dem preuß. Ausführungsgesetze zum G.V.G., den Kosten- und Gebührengesetzen, der Geschäftsanweisung für die Gerichtsschreibereien der Amtsgerichte, ferner den Erlaß des General-Postmeisters v. 24. August 1879 und endlich eine Zusammenstellung derjenigen Seiten des ersten Bandes, auf denen die einzelnen §§ der abgedruckten Gesetze zur Sprache gekommen sind. Auch dem zweiten Bande sind 31 Seiten umfassende Inhaltsverzeichnisse vorangestellt. Die populäre Darstellung nimmt 162, die übrigen Bestandtheile 227 Seiten in Anspruch. Man muß demnach ziemlich viel in den Kauf nehmen, um in den Besitz der „populären Darstellung" zu gelangen.

Der letzteren läßt sich systematische Ordnung und Uebersichtlichkeit nicht nachrühmen. Dies fällt um so mehr auf, als der Verfasser an dem Gesetze selbst die angeblich unsystematische Vertheilung des Stoffes und die Abweichung von dem Systeme des französischen Fallimentsgesetzes tadelt und es vorgezogen haben würde, das Gesetz mit der Bezeichnung der Umstände zu beginnen, welche das Konkurs-Verfahren ins Leben rufen, anstatt diese erst im § 94 zu bringen, „nachdem wir schon wissen, daß das Gericht einen Verwalter ernannt hat, daß der Verwalter Schlußrechnung zu legen hat" u.s.w.

Wieweit der Verfasser davon entfernt ist, diesen Prinzipien in seiner Darstellung zu folgen, wie wenig Werth er überhaupt auf eine systematische Ordnung gelegt hat, zeigt schon der 1. Titel des 1. Abschnitts, welcher vom Schuldner als Subjekt des Konkurses handelt und folgende (hier kurz wiedergegebene) Sätze aneinanderreiht:

1) Die K.O. erstreckt sich auf Kaufleute und Nichtkaufleute.
2) Auf Landesherren findet sie nur nach Maßgabe des § 7 des Einf.G. Anwendung.
3) Das einmal anhängige Verfahren wird durch den Tod des Gemeinschuldners nicht unterbrochen.
4) Sobald der Verwalter den Bestand der Masse inventarisirt hat, kann er und jeder Gläubiger vom Gemeinschuldner den Offenbarungseid verlangen.
5) Dem Gemeinschuldner kann Unterhalt aus der Masse gewährt werden u. s. w.

Titel 2 behandelt in 6 Sätzen die Objekte des Konkurses, Titel 3 die Erfordernisse zur Eröffnung des Konkurses, Titel 4 die Einleitung des Verfahrens und fernere gerichtliche Maßnahmen. Die Titel 3 und 4 aufgestellten Sätze werden dann im Titel 2 des vom Amtsrichter und Gerichtsschreiber handelnden Abschnitts 5 zum Theil wörtlich wiederholt. Dergleichen Wiederholungen finden sich überhaupt nicht selten. Sie sind allerdings absichtliche, aber daß sie der Verfasser des Zusammenhangs wegen für nöthig erachtet hat, dürfte eben für eine ungenügende Systematik sprechen.

Wir glauben nicht, daß durch eine derartige unorganische Zusammenstellung der vom Verfasser erstrebte Zweck erreicht worden ist.

Die Unübersichtlichkeit erschwert auch die Prüfung des Inhalts seiner Darstellung. Soweit wir uns derselben unterzogen haben, sind uns nicht wenige Unklarheiten und Irrthümer begegnet, so auf Seite 24 die aus dem Schlußsatz des § 37 des Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872 hergeleitete Folgerung, daß die preußische Hypothek kein akzessorisches Recht sei; so S. 9 und 52 eine Verwechselung der Begriffe der Zahlungsunfähigkeit und Vermögensunzulänglichkeit und in Folge dessen eine unrichtige Auffassung des § 94 der K.O., die so weit geht, daß der Verfasser dem Gemeinschuldner ein Beschwerderecht gegen die Konkurseröffnung gewährt, wenn er nachweist, daß zwar Zahlungseinstellung aber nicht Vermögensunzulänglichkeit vorhanden ist; so S. 96 die Beziehung des letzten Absatzes des § 48 K.O. auf alle drei Fälle dieses §, so S. 97 ff. eine Darstellung des Anfechtungsrechts, welche zu erheblichen Mißverständnissen dadurch veranlaßt, daß die Fälle der Nichtigkeit (§§ 6, 12) mit den Fällen der Anfechtbarkeit vermischt sind.

Küntzel.

---

## 51.

**Ist der Amtsgerichts-Civilprozeß in seiner jetzigen Gestalt lebensfähig?** Einige Beiträge zur Beantwortung dieser Frage von A. Gründler, Landgerichtsrath zu Cottbus, Mitglied des Hauses der Abgeordneten. Berlin 1879. Verlag von H. W. Müller.

Der Verfasser spricht dem amtsgerichtlichen Prozeß der Civilprozeßordnung Lebensfähigkeit ab, weil er

1. dem gemeinen Manne Pflichten auferlege, die er nicht erfüllen kann, und ihm daher nicht ausnahmslos gestatte, seine Prozesse vor dem Amtsrichter selbst zu führen;
2. zur Verhandlung und Entscheidung nur etwas weitläuftiger Sachen ungeeignet und
3. wo er möglich ist, doch trotz der großen, dem Richter wie den Parteien zugemutheten geistigen Anstrengung häufig nicht die Gewähr biete, daß die materielle Wahrheit gefunden werde.

Der Verfasser sucht dieses Urtheil im Einzelnen näher zu begründen und formulirt schließlich 7 Sätze, nach denen das Verfahren vor den Amtsgerichten im Interesse des Staats, der Rechtspflege, der Parteien und der Richter seiner Ansicht nach geändert werden muß.

Wir machen dem Verfasser von vornherein zweierlei zum Vorwurf:

1. die Nichtberücksichtigung der schon bei Besprechung des Endemann'schen Civilprozesses in diesen Beiträgen Bd. 23 S. 770 ausgesprochenen, so beherzigenswerthen Mahnung:

   Gewöhnen wir uns doch daran, davon auszugehen, daß nichts weniger zu wünschen ist, als daß die einheitlich gestaltete Civilprozeßordnung in absehbarer Zeit wieder umgestaltet oder gar durch Novellen entstellt werde. Dann wird es gelingen, dem, was uns nicht gefällt, gute Seiten abzugewinnen.

2. Die Ungeduld, welche ihn zur Veröffentlichung seiner Gedanken trieb,

ehe er noch in den Erfahrungen der Praxis eine Bestätigung — oder Widerlegung seiner Befürchtungen finden konnte.

Wir glauben nicht zu irren, wenn wir behaupten, daß schon jetzt das Urtheil der Praktiker, welche den neuen amtsgerichtlichen Prozeß handhaben, sehr wesentlich von dem des Verfassers abweicht.

Die Ausstellungen desselben beruhen vielfach auf Mißverständnissen.

Im Abschnitt I. beklagt er, daß dem Richter das Recht entzogen ist, Klagen, die von vornherein unhaltbar erscheinen, a limine zurückzuweisen. Unhaltbar kann eine Klage sein,

1. weil sie in dem Vortrage der Thatsachen unvollständig oder unklar ist, oder
2. weil der Anspruch rechtlich unbegründet ist.

Zur Begegnung von Mängeln der ersten Art hat die Civilprozeßordnung den Gerichtsschreibern die Pflicht auferlegt, Klagen zu Protokoll zu nehmen. Der Verfasser ist selbst der Meinung, daß in den regelmäßigen Fällen von den rechtsunkundigen Klägern von diesem Hülfsmittel Gebrauch gemacht werden wird. Sein Vorwurf bezieht sich also nur auf Ausnahmefälle. Von diesen kommen wieder diejenigen nicht in Betracht, in denen die, wenngleich rechtsunkundige, Partei doch die Fähigkeit besitzt, eine Klage zu konzipiren, welche in ausreichender Weise den Gegenstand und Grund des erhobenen Anspruches bestimmt erkennen läßt, wie es § 230 Nr. 2 der C.P.O. fordert. Ein kleinerer Theil wird in Einzelheiten der Ergänzung oder Präzisirung bedürfen. Diese läßt sich nach § 240 Nr. 1 der C.P.O. in dem Verhandlungstermine nachholen, und § 130 legt dem Amtsrichter die Pflicht auf, darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt, die Beweismittel bezeichnet und überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden. Die Ausführung des Verfassers, daß in dem Geiste der Civilprozeßordnung die bisher geübte Praxis, eine in Details unvollständige Klage in der mündlichen Verhandlung ex nobili officio zu ergänzen, keine Rechtfertigung finde, und daß der Amtsrichter zu dergleichen Ergänzungen kaum Zeit und Neigung haben werde, ist daher nicht zu billigen. Uebrig bleibt also nur eine voraussichtlich geringe Anzahl von Fällen, in denen die Klage

entweder gar keine Angabe über Gegenstand und Grund des erhobenen Anspruchs oder völlig unverständliche Angaben darüber

enthält. Trifft ersteres zu, so kann die Terminsbestimmung aus demselben Grunde abgelehnt und Ergänzung gefordert werden, aus dem dies wegen Mangels anderer formaler Erfordernisse (Bezeichnung der Parteien, des Gerichts, bestimmter Antrag, Ladung) auch nach des Verfassers Ansicht zulässig ist. Ob im zweiten Falle eine gleiche Behandlung der Sache dem Gesetze widerspräche, kann dahin gestellt bleiben. Verneint man dies und ist in der mündlichen Verhandlung auch unter Anwendung der §§ 130, 464 und 241 C.P.O. nicht zu helfen, so wird die Anstellung einer neuen Klage nicht abzuschneiden, die angestellte Klage vielmehr in angebrachter Art abzuweisen sein. Solchen Mißerfolg aber verschuldet der Kläger ganz

allein; dem Gesetze läßt sich kein Vorwurf machen, wenn es, wie geschehen, dem Kläger ein bequemes Mittel gewährt, denselben zu vermeiden.

Was sodann die Kategorie der zwar thatsächlich vollständigen, aber rechtlich unbegründeten Klage betrifft, so erscheint es uns richtig und angemessen, daß über dieselben nicht durch Verfügung, sondern durch Urtheil entschieden werden muß. Dies war in den Fällen, wo Zweifel über die Berechtigung des erhobenen Anspruchs möglich, schon unter der Herrschaft des alten preußischen Prozeßrechts vorgeschrieben (A.G.O. I. 6 § 7), und die Praxis namentlich der höheren Instanzen war in dieser Richtung geneigt, die Abweisung a limine möglichst zu beschränken. Aber auch bezüglich der offenbar unbegründeten Ansprüche ist die Versagung eines rechtlichen Urtheils nicht der gleich wägenden Gerechtigkeit entsprechend: was dem Beklagten, der einen offenbar unhaltbaren Einwand erhebt, recht ist, das ist auch dem Kläger billig. Uebrigens wäre die Zurückweisung a limine in solchem Falle auch nicht einmal opportun, weil diese den Kläger nicht hindert, denselben unsinnigen Anspruch immer von Neuem geltend zu machen und den Richter zu immer erneuter Prüfung zu veranlassen, während die Abweisung durch Urtheil die Sache ein für alle Mal erledigt. Mag dabei zuzugeben sein, daß auch das abweisende Urtheil eine eigensinnige Partei thatsächlich nicht verhindert, die zurückgewiesene Klage von Neuem zu erheben, so wird doch nicht bestritten werden, daß dergleichen Eigensinn schon jetzt zu den Seltenheiten gehört hat und künftig wegen der hohen Prozeßkosten noch seltener hervortreten wird. Das Bewußtsein, daß ein abgeurtheilter Anspruch mit Erfolg nicht zum zweiten Male geltend gemacht werden kann, ist auch bei rechtsunkundigen Laien sehr lebendig.

Mit der vom Verfasser ferner gerügten Ausschließung der Prüfung der Zuständigkeit vor Bestimmung des Termins verhält es sich im Wesentlichen ebenso. Der Kläger, welcher in unzweifelhaften Fällen die ihm durch den Gerichtsschreiber darüber zu Theil werdende Belehrung nicht beachtet, hat keinen Anspruch auf eine minder kostspielige Behandlung der Sache; ist die Frage der Zuständigkeit zweifelhaft, so erscheint richterliches Urtheil angemessen; glaubt aber der Kläger erwarten zu dürfen, daß der Gegner sich in den Fällen, in welchen Prorogation möglich, vor dem gewählten Gerichte auf die Klage einlassen werde, so übernimmt er freiwillig die Gefahr der mit der Täuschung dieser Hoffnung verbundenen Weiterung.

Es kann hiernach nicht anerkannt werden, daß die vom Verfasser getadelten Vorschriften berechtigte Interessen der Parteien verletzen. Aber auch den Richter belästigen sie u. E. nicht mehr als nöthig und nicht mehr als es die bisherigen Vorschriften thaten. Erleichtert ist der Richter vielmehr dadurch, daß ihm die Pflicht der Klageaufnahme, welche ihm nach §§ 1 ff. A.G.O. I. 5 oblag, abgenommen ist; die Sorge für eine Ergänzung mangelhafter Klagen im Verhandlungstermine rechnete man nach dem Zeugniß des Verfassers schon bisher — und gewiß mit Recht — zum (nobile) officium des Richters, und die Zurückweisung einer völlig unsubstanziirten oder rechtlich unbegründeten Klage durch Urtheil macht doch nicht viel mehr Mühe als die Abweisung durch ein gleichinhaltiges Dekret.

Die mündliche Verhandlung wird in solchen Fällen selten eine erhebliche Zeit beanspruchen; für den Zeitverlust entschädigt außerdem der Erfolg, daß der Wiederholung unbegründeter Klagen durch das Urtheil wirksamer vorgebeugt wird als durch eine zurückweisende Verfügung.

Auch im Laufe des Prozesses soll nach der Ansicht des Verfassers der selbständige Prozeßbetrieb den Parteien nachtheilig sein. Er findet die Bestimmung des § 464 der C.P.O., wonach der Richter dahin zu wirken hat, daß die Parteien die *sachdienlichen* Anträge stellen, ungenügend und will sie ersetzt wissen durch die Vorschrift, daß das Gericht auf Stellung *zweckdienlicher* Anträge hinwirken soll. Aber die Ansicht, daß als sachdienlich nur solche Anträge bezeichnet werden können, welche dem Fortgange und der Beendigung des Prozesses, nicht solche Anträge, welche dem Fortgange und der Entscheidung des Prozesses zu Gunsten einer Partei dienen, ist weder sprachlich gerechtfertigt, noch aus dem Zusammenhange des Gesetzes oder auch nur aus den Motiven zu begründen. Wenn § 464 sagt, das Gericht solle dahin wirken,

daß die Parteien die sachdienlichen Anträge stellen,

so heißt das, dem Richter liegt die Sorge ob,

daß jede Partei die *ihrer* Sache dienlichen Anträge stelle,

daß sie also diejenigen prozessualischen Mittel benutze, deren Gebrauch das Gesetz gestattet oder gebietet, damit das von der Partei erstrebte und aus ihrem thatsächlichen Vorbringen sich ergebende Recht realisirt werde. Der Verfasser hätte sich von der sprachlichen Unrichtigkeit seiner Auffassung (die er nicht weiter als durch das bedenkliche: sie sei „*offenbar*“ richtig, begründet) vielleicht überzeugt, wenn er an das sprachliche Gegentheil des Wortes „sachdienlich“, nämlich das Wort „*sachwidrig*“ gedacht hätte, das er doch wohl nicht vorzugsweise oder ausschließlich auf solche Anträge des Beklagten anwenden wird, welche den Fortgang oder die Beendigung des Prozesses hemmen, wennschon sie vielleicht ihm und seinem Interesse dienen.

Mit unserer Auffassung stehen auch die Motive im Einklang, nach welchen die fragliche Vorschrift dem Richter die Aufgabe stellt, dafür zu sorgen,

daß dem Parteivorbringen die *rechte* Form gegeben und aus dem Parteivorbringen der *rechte* Schluß gezogen werde (Mot. S. 134).

An die im Wesentlichen gleich lautende Anm. 1 zu § 464 in dem Struckmann'-Koch'schen Kommentar knüpft der Verfasser zwar den Ausdruck des Erstaunens darüber, daß der Richter auch als Lehrer der Logik wirken solle; aber auch dies beruht auf einem Mißverständnisse: nicht Logik soll der Richter lehren, sondern mit seiner Rechtskenntniß die Parteien unterstützen, damit sie die prozessualisch vorgeschriebenen Formen nicht versäumen und damit sie die zur wirksamen Rechtswahrnehmung erforderlichen Anträge stellen.

Das Gesetz steht sonach u. E. nicht entgegen, richterlicherseits darauf hinzuwirken, daß die Parteien geeigneten Falls auch die S. 11 der Broschüre aufgezählten Anträge stellen.

Nicht minder unberechtigt erscheint die Polemik des Verfassers gegen die Vorschrift des § 209 C.P.O., wonach es einer Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumniß nicht bedarf. Nach unseren Erfahrungen sind gerade von ungebildeten und unerfahrenen Parteien, die er durch § 209 a. a. O. für gefährdet hält, die in unseren früheren Vorladungen enthaltenen Verwarnungen selten gelesen, noch viel seltener aber verstanden worden. Daß mit der Versäumniß eines Termins im Prozesse die Gefahr verknüpft ist, wegen dieser Versäumniß den Prozeß zu verlieren, das braucht den Parteien nicht erst gesagt zu werden, denn das ist nirgends unbekannt. Weitere Belehrungen aber erreichen ihren Zweck nicht. Uebrigens mag daran erinnert werden, daß weder in dem bisherigen preußischen, noch im gemeinen Prozesse die Mittheilung der Kontumazialfolgen essentiell war. Die Nichtigkeitsbeschwerde konnte auf eine Verletzung der diese Mittheilung anordnenden, instruktionellen Vorschriften nicht gegründet werden, war vielmehr nach § 5 Nr. 2 der Verordn. vom 14. Dezember 1833 nur zulässig, wenn gegen den Imploranten ein anderes Präjudiz zur Anwendung gebracht war als das in den Gesetzen ausdrücklich angedrohte. Endlich ist es zwar richtig, daß — wie der Verfasser am Ende des Abschnitts I. hervorhebt — die Civilprozeßordnung verschiedene neue Einrichtungen enthält, an welche das unerfahrene Publikum sich möglicherweise schwer gewöhnen wird. Aber das konnte der Einführung dieser Neuerungen nicht entgegenstehen, wenn dieselben zweckmäßig oder auch nur erforderlich waren, um eine ganz Deutschland umfassende Prozeßordnung zu Stande zu bringen. Im Uebrigen wird voraussichtlich § 154 C.P.O. dazu beitragen, den Nachtheilen, welche der Verfasser aus der von ihm gefürchteten Unterlassung der Zustellung von Urtheilen erwachsen sieht, vorzubeugen.

Im Abschnitt II. behandelt der Verfasser die Gefahren und Belästigungen, die sich nach seiner Ansicht aus dem Mündlichkeitsprinzip ergeben sollen. Aber auch hier sind seine kritischen Streifzüge abwegig. Im Wesentlichen beklagt er

1. die Partei, weil ihr zugemuthet wird, ihre Sache in freier Rede vorzutragen,
2. den Richter, an den zu hohe Anforderungen gestellt werden, und der in den vielleicht erforderlichen neuen Terminen immer wieder von Neuem den stümperhaften Vortrag des ihm bekannten Sachverhältnisses anhören muß.

Indessen die Vorschrift des § 128, an die sich die Klage zu 1. knüpft, verbietet durch das Verlangen des Vortrages „in freier Rede" nur das Ab- und Vorlesen der Erklärungen, sie gebietet die mündliche Verhandlung. Das Gesetz hindert nicht, daß der Richter zu dem mündlichen Vortrage des Sachverhältnisses durch sachgemäße Fragen anregt, und daß sich der Vortrag der Parteien, wo dies erforderlich, aus ihren Antworten auf die richterlichen Fragen zusammensetzt. Der § 464 beugt einer Auffassung, wie sie der Verfasser vertritt, als solle der Richter an die rechtsunkundige, ungebildete Partei dieselben Anforderungen in Bezug auf den Vortrag stellen,

wie man sie im landgerichtlichen Prozesse an einen geübten Rechtsanwalt stellen darf, u. E. durchaus vor.

Wer die Ausführungen des Verfasser liest, kommt auf die Vermuthung, daß er auch unter altem Prozeßrecht niemals Bagatellprozesse verhandelt hat. Auch im alten preußischen Bagatellprozesse sollte ja doch der Beklagte seine Klagebeantwortung und mußte ja doch der Kläger seine Repliken mündlich vortragen. Ist es denn nun wirklich eine exorbitante, über die bisherigen Zumuthungen weit hinausgehende Anforderung, daß jetzt der Kläger auch seine Ansprüche mündlich begründen soll?

Bei richtiger Auffassung wird der Amtsgerichts-Prozeß der Civilprozeßordnung der Anforderung des Verfassers,

> daß auch der ungebildete Mann, sobald er sich nur verständlich ausdrückt, sein Recht selbst soll suchen dürfen,

vollständig gerecht; mehr als verständlichen Vortrag verlangt er nicht, das Erforderniß der Redefertigkeit ist ein Trugbild, das den Verfasser grundlos ängstigt.

Wie nun aber gar behauptet werden kann, daß an den Richter so hohe Anforderungen gestellt werden, daß das Bild von dem von Schlangen umwundenen Laokoon die Lage desselben noch nicht einmal in hinreichendem Maße bezeichnen soll, das erscheint uns völlig unbegreiflich. Zunächst ist die Vorstellung, als müsse, wenn neue Termine zur Auslassung der Parteien oder zur Beweisaufnahme erforderlich werden, in jedem Termine das ganze Sachverhältniß immer wieder von Neuem vorgetragen werden, eine u. E. falsche. Die Civilprozeßordnung unterscheidet mehrfach die Vertagung der (beabsichtigten, aber nicht erfolgten) und die Fortsetzung der (begonnenen) Verhandlung (cf. §§ 90, 206, 297); im letzteren Falle, den der Verfasser im Auge hat und den er unrichtig als Vertagung bezeichnet, gelten die Verhandlungen in den verschiedenen Terminen als eine Verhandlung, wie schon aus der Bezeichnung „Fortsetzung der Verhandlung" sich ergiebt. Eine Vorschrift, daß auch die Fortsetzung der Verhandlung eine Wiederholung des im früheren Termine verhandelten Streitstoffes bedinge, enthält die Civilprozeßordnung nicht. Der Richter, der den Inhalt der im früheren Termine begonnenen Verhandlung kennt — und einen solchen setzt der Verfasser voraus — ist also in der Lage, die Verhandlung da aufzunehmen, wo sie abgebrochen worden ist.

Nun hebt freilich der Verfasser in dem Abschnitt III. seiner Schrift hervor, daß einer derartigen Behandlung der Sachen der § 470 entgegenstehe, weil danach die Protokollirung der Anträge und Erklärungen der Parteien erst am Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung stattfinden soll, auf welche das Urtheil oder ein Beweisbeschluß ergeht, andererseits aber die Richter nur die Gedächtnißkräfte eines Menschen haben. Er hält deshalb die Aenderung des § 470 und eine Substituirung der Vorschrift:

> Am Schlusse jeder Verhandlung sind alle erheblichen Anträge und Erklärungen der Parteien durch das Sitzungs-Protokoll festzustellen —

für dringend erforderlich, — und dies soll ein wesentliches Remedium gegen vorzeitige und unnütze Absorbirung der Richterkräfte sein.

Es wird u. E. schon einem altpreußischen Juristen recht schwer, an den Ernst eines solchen Raisonnements zu glauben; dem französisch-rechtlichen Praktiker muß es geradezu unbegreiflich erscheinen, — hält es doch Goldenring, ein altländischer Jurist, der nur kurze Zeit im Elsaß den französischen Prozeß gehandhabt hat, für einen Fehler des deutschen Amtsgerichts-Prozesses,

> daß über jede Verhandlung ein Protokoll errichtet wird, sowie daß überhaupt Akten angelegt werden! (Vgl. seine Schrift: Der amtsgerichtliche ordentliche Civilprozeß (Berlin 1879 bei Franz Vahlen) S. 11 zu d.)

Derselbe bezeugt S. 6 seiner Schrift, daß im französischen Prozesse ein förmliches Protokoll nur bei Zeugenvernehmungen und Ortsbesichtigungen in appellablen Sachen errichtet, und selbst dieses Protokoll meist mit dem Thatbestande verbunden wurde; daß es jedoch üblich gewesen sei, daß der Gerichtsschreiber, welcher meist die Urtheile selbst fertigte und nur in schwierigeren Fällen die Eintragung auf Grund richterlicher Entwürfe vornahm, über die Verhandlung und das Urtheil sich unter Aufsicht des Richters formlose Notizen in einem sogenannten „plumitif", einer Art Protokolls-Brouillon, machte.

Und dem gegenüber will der Verfasser glauben machen, daß der § 470 der C.P.O. den deutschen Richter in einen „geistigen Zustand" zu versetzen geeignet sei, „von welchem bis zum geistigen Ruin nur noch ein Schritt ist?"

Wir wollen gern zugeben, daß der Sache besser gedient wird, wenn der Richter mehr, als es unter der Herrschaft des code geschehen zu sein scheint, sich in richterlichen Funktionen von dem Gerichtsschreiber emanzipirt, aber ein unbilliges Verlangen dürfte es doch in der That nicht sein, daß der deutsche Richter das leiste, was in der französischen Praxis der Gerichtsschreiber mit Hülfe seines plumitif geleistet hat. Was steht dem entgegen, daß auch der deutsche Richter durch formlose Notizen seiner Gedächtnißschwäche zu Hülfe kommt! Wir meinen, daß einem vorurtheilsfreien Praktiker der § 470 keine Sorge, sondern nur Freude bereiten kann.

Das Schreckbild, an dem der Verfasser S. 27 ff. die Unhaltbarkeit des § 470 zu zeigen sucht, kann bei näherem Besicht wirklich Niemand ängstigen. Der Fall ist folgender:

Kläger klagt in einem Prozesse

1) 6 Mk. Kaufpreis für Leinwand,
2) 4 Mk. 50 Pf. Auslage, die er für den Beklagten auf dessen Ersuchen gemacht,
3) 100 Mk. Darlehn

ein, beruft sich zu 2 auf den Zeugen A. und schiebt zu 3 dem Beklagten den Eid zu.

Der erste Termin führt nach der Unterstellung des Verfassers nicht zur Beendigung der Verhandlung, weil der Beklagte zu 1) einwendet, er habe die 6 Mk. an des Klägers Ehefrau gezahlt, und Kläger sich danach erkundigen will. Im zweiten Termin nimmt Kläger zu 1) die Klage zurück.

Zu 2 und 3 entsteht, weil im ersten Termine eine Protokollirung der Erklärungen nicht stattgefunden hat, folgende Verwicklung:

Zu 2) bestreitet Beklagter die Auslage; Kläger behauptet aber, daß Beklagter sie im ersten Termine zugestanden habe.

Zu 3) bestreitet Beklagter den Empfang des Darlehns unter Annahme des zugeschobenen Eides; Kläger behauptet jedoch, daß Beklagter diesen Eid im ersten Termine zurückgeschoben habe.

Zum Beweise des Zugeständnisses zu 2) und der Eideszurückschiebung zu 3) beruft sich Kläger auf das Zeugniß des Gerichtsschreibers N. und schiebt dem Beklagten eventuell den Eid zu. Der Richter beschließt Vernehmung des N. zu 2) und 3). N. erinnert sich des Zugeständnisses zu 2) nicht, bezeugt aber zu 3), daß Beklagter schon im ersten Termin den Eid angenommen habe.

Bei dieser Sachlage erläßt der Richter

1) ein Zwischenurtheil dahin,

daß Kläger schuldig, anzuerkennen, daß Beklagter den Eid nicht zurückgeschoben, sondern angenommen habe;

2) einen Beweisbeschluß,

daß Beklagter den Eid über das Zugeständniß zu 2) zu leisten habe.

Letzteres geschieht im vierten Termin; der Richter verkündigt ein neues Zwischenurtheil dahin,

daß Kläger schuldig, anzuerkennen, Beklagter habe das behauptete Zugeständniß nicht abgegeben.

Nun erst, ruft der Verfasser, ist der Richter wieder in die Möglichkeit versetzt, die Sache selbst zur weiteren Verhandlung zu bringen!

Eine solche Entwicklung der Sache wäre allerdings ungeheuerlich; sollte sie aber je vorkommen, so würde sie nicht vom Gesetze verschuldet sein, sondern lediglich dem Richter zum Vorwurfe gereichen.

Unseres Erachtens würde die Sache folgenden Gang zu nehmen haben:

Im ersten Termin begründet Kläger seine Ansprüche, der Beklagte erklärt sich auf dieselben vollständig. Nach der Unterstellung des Verfassers würde Beklagter zu 1) den Einwand der Zahlung erheben, zu 2) die Auslage und zu 3) den Darlehnsempfang unter Eidesannahme bestreiten. Darauf beantragt Kläger zu 1) Fortsetzung der Sache in einem neuen Termine.

Bei dieser Sachlage würde der Richter zu beschließen haben:

1) die Verhandlung über den Klageanspruch 1) wird zum besonderen Prozesse verwiesen, und Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anberaumt (C.P.O. § 136);
2) zu 2) ist Beweis über die bestrittene Auslage durch Vernehmung des Zeugen A. zu erheben;
3) zu 3) ergeht durch Eid bedingtes Theilurtheil.

Nimmt nun im zweiten Termine der Kläger die Klage zu 1) zurück und A. bezeugt die Auslage, so verkündet der Richter:

1) die angeordnete Trennung der Verhandlung über den Anspruch zu 1) wird aufgehoben (C.P.O. § 141);

2) Beklagter wird zur Zahlung von 4 Mk. 50 Pf. verurtheilt, und über die Kosten so und so erkannt.

Selbstverständlich mußten die Erklärungen zu 2) und 3), soweit es der Richter für angemessen erachtete, schon im ersten Termine protokollirt werden.

Die Verwicklungen, die der Verfasser unterstellt, sind hiernach bei einer nicht völlig verkehrten Behandlung der Sache einfach unmöglich.

Aber gesetzt auch, dem Richter wäre ein lapsus passirt, er hätte die Sache in die Lage gebracht, welche sich nach der Darstellung des Verfassers am Schlusse seines zweiten Termines ergab, und er hätte sich auch keine sein Gedächtniß unterstützenden Notizen gemacht; gesetzt ferner, daß auch keine Bedenken gegen die Nothwendigkeit der Beweiserhebung über das Zugeständniß und die Eidesrelation zu erheben wären, so würde doch die Prozedur des Verfassers keineswegs zu billigen sein. Der Streit über das Zugeständniß und die Eidesrelation berechtigt die Parteien nicht, die Auslassungen zur Sache selbst zu weigern; am Schlusse des zweiten Termines muß also, wenn der Richter will, das ganze Sach- und Streitmaterial erörtert sein, und der Richter sich in der Lage befinden, nicht nur über den Zwischenstreit zu befinden, sondern auch auf die Sache selbst einzugehen. Er wird also z. B. beschließen können:

zu 2) ist Beweis zu erheben:

a) darüber, ob Beklagter die Auslage zugestanden hat, durch Vernehmung des Zeugen N.,
b) darüber, ob Kläger die Auslage gemacht hat, durch Vernehmung des Zeugen A.;

zu 3) ist Beweis zu erheben:

ob Beklagter den Eid referirt hat, durch Vernehmung des Zeugen N.

Weiß der Zeuge N. zu 2 a) nichts, es bestätigt aber der Zeuge A. das Beweisthema zu 2 b), so ist Beklagter zu 2) zu verurtheilen; weiß auch der Zeuge A. nichts, so ist durch bedingtes Endurtheil dem Beklagten der Eid über das behauptete Zugeständniß aufzuerlegen, während zu 3) nach Widerlegung des Beweisthemas durch den Zeugen N. auf den in der Klage deferirten Eid über den Darlehnsempfang für den Beklagten zu erkennen ist.

Wir wiederholen, daß wir die Bedenken, welche gegen den Beweis über die im ersten Termine abgegebenen Erklärungen noch erhoben werden könnten, auf sich beruhen lassen. Wir haben nur zeigen wollen, wie wenig Schwierigkeiten selbst die durch Mißgriffe des Richters verschuldete, vom Verfasser unterstellte Verwicklung zu bereiten vermag, wenn man sie nicht sucht und durch möglichst ungeschickte Behandlung der Sache herbeiführt.

Auch eine Erörterung der Zulässigkeit der von dem Verfasser in Szene gesetzten Zwischenurtheile würde hier zu weit führen. Es genügt für unseren Zweck der Nachweis, daß sie vermeidlich waren, und dies ist nach § 275 C.P.O. unzweifelhaft, auch wenn man zugiebt, daß es sich um Zwischenstreite im Sinne der C.P.O. handelt.

Weitere Schwierigkeiten fürchtet der Verfasser für die Redaktion der Protokolle in weitläuftigen Sachen. Er tritt ja indessen selbst für die

Protokollirung aller erheblichen Anträge und Erklärungen ein, und es scheint daher, daß nach seiner Auffassung nur die Art der Verhandlung, wie er sie als Gebot der C.P.O. erachtet, geeignet ist, jene Schwierigkeiten hervorzurufen. Da jedoch die C.P.O. bei richtiger Auffassung gar nicht hindert, die Verhandlungen in ähnlicher Weise zu leiten, wie es bisher geschah, und wie der Verfasser es für wünschenswerth hält, so erscheint auch dieses Bedenken nicht berechtigt.

Eine Uebertreibung des Mündlichkeitsprinzips findet der Verfasser darin, daß die Parteien mündlich auch das vortragen sollen, was der Richter schon aus den Akten kennt; von einer Anregung des Richters durch die Vorträge der Parteien, welche für den Anwaltsprozeß als möglich zugegeben wird, kann nach seiner Ansicht im amtsgerichtlichen Verfahren nicht die Rede sein, viel eher vom Gegentheil. Zum Theil hängt dieser Vorwurf mit der irrigen Ansicht des Verfassers über die Nothwendigkeit wiederholten Vortrags der ganzen Sache in fortgesetzten Terminen zusammen. Hier bleibt nur noch zu prüfen seine Ansicht über die Zwecklosigkeit des Vortrages der Klage und der Verhandlungen über das Resultat der Beweisaufnahme. Nun wird der Verfasser aber nicht bestreiten, daß gerade eine präzise Formulirung der Klagen eine nicht leichte Aufgabe ist, und daß nirgends häufiger, als bei Aufnahme oder Abfassung von Klagen ungebildeter Laien Mißverständnisse unterlaufen, die für den Ausgang des Prozesses verhängnißvoll werden können. Das rechte Verständniß des dem erhobenen Anspruche zum Grunde liegenden Sachverhältnisses wird der Richter häufig erst erlangen, wenn er es mündlich vom Kläger vortragen hört. Wer es daher, wie der Verfasser seinerseits betont, für die Aufgabe des Richters hält, das materielle Recht zu finden, der sollte, meinen wir, am wenigstens auf die mündliche Begründung des Klageanspruchs verzichten mögen, selbst dann nicht, wenn der Kläger in der Lage ist, ein Versäumnißurtheil zu beantragen, in welchem Falle seine mündliche Darstellung überdies einen nennenswerthen Aufenthalt nicht verursachen kann.

Was die Verhandlung über die Beweisaufnahme betrifft, so bedarf es, wenn letztere vor dem Prozeßgerichte stattgefunden hat, keines Vortrages des Resultats, sondern nur einer Verhandlung über das Ergebniß. Den Parteien soll also, wie bisher, Gelegenheit gegeben werden, ihre Rechte auch in dieser Beziehung wahrzunehmen. Das wird nicht zu tadeln sein. Ist die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgerichte erfolgt, so sollen die Parteien nach § 258 Abs. 2 das Ergebniß derselben allerdings vortragen. Es mag sein, daß diese Vorschrift für den amtsgerichtlichen Prozeß wenig Werth hat; prinzipiell richtig ist sie, und ihre Ausführbarkeit unter richtiger Leitung des Richters nicht zu bezweifeln. Wäre sie also auch überflüssig, so läge doch kein irgend wie dringendes Bedürfniß zur Aenderung des Gesetzes vor.

Die Nothwendigkeit endlich, daß die Parteien jeden Verhandlungstermin, auch nach einem Beweisbeschluß, wahrnehmen, soll deshalb sich nicht empfehlen, weil die außergerichtlichen Kosten zu einer unverhältnißmäßigen Höhe anwachsen können. Indessen will doch der Verfasser den Parteien die Anwesenheit in allen Terminen auch nicht verbieten, und nach unseren Erfah-

rungen wohnten im früheren preußischen Bagatell-Prozesse namentlich die Parteien aus ungebildeten Kreisen, wenn sie ihre Sachen selbst führten, regelmäßig jedem Termine bei, wenn dies auch nicht gerade geboten war. Einen wirthschaftlichen Nachtheil wird daher die jetzige Nothwendigkeit, in allen Terminen zu erscheinen, nicht zur Folge haben, und die sachliche Zweckmäßigkeit der jetzigen Vorschrift hat der Verfasser nicht widerlegt.

Schließlich bedauert der Verfasser, daß das Mandatsverfahren des preußischen Bagatell-Prozesses in der C.P.O. keine Aufnahme gefunden hat. Die Berechtigung dieser Klage läßt sich jedoch zur Zeit nicht beurtheilen. Es muß sich in der Praxis erst zeigen, ob und wieweit das Mahnverfahren der C.P.O. einen geeigneten Ersatz bietet.

Wir glauben im Vorstehenden alles Wesentliche der angezeigten Schrift berührt zu haben und halten danach das Urtheil des Verfassers durch die beigebrachten Argumente nicht für gerechtfertigt. Küntzel.

---

## 52.

**Die preußischen Ausführungsgesetze zu den Reichs-Justizgesetzen.** Mit kurzen Erläuterungen und einem ausführlichen Sachregister von Dr. J. Struckmann, Geh. Ober-Justizrath und Landgerichts-Präsidenten, und R. Koch, Geh. Ober-Finanzrath, Reichsbankjustitiarius und Mitglied des Reichsbankdirektoriums. Zweite Hälfte. Berlin 1879. Verlag von J. Guttentag (D. Collin).

Das Erscheinen der ersten Hälfte dieses Werkes ist in den Beiträgen Band XXIII. S. 941 angezeigt. Die jetzt vorliegende zweite Hälfte enthält die Ausführungsgesetze zur deutschen C.P.O., zur deutschen Konkurs-Ordn., zum Gerichtskostengesetze, die Gesetze über die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben u. s. w., und betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, die Schiedsmannsordnung, das Forstdiebstahlsgesetz, die Hinterlegungsordnung, den Allerh. Erlaß betreffend die Rangverhältnisse der richterlichen Beamten, die Verordnungen betr. die Kautionen der Beamten, betr. die Bildung der Amtsgerichtsbezirke, betr. die Sitze der Rheinschifffahrtsgerichte und betr. die Kompetenzkonflikte, ferner die Allerh. Erlasse betr. die Bezeichnung des Oberlandesgerichts zu Berlin als Kammergericht, betr. die Aufhebung der §§ 2, 3 d. Verordn. vom 21. Juli 1843 über die Legalisirungsbefugnisse der Justizkommissarien, und betr. die Befugniß zur Dispensation von der Vorschrift des § 35 des R.G. vom 6. Febr. 1875. Endlich folgen 30 Ministerial-Verfügungen, welche behufs Anwendung der preußischen Ausführungsgesetze erlassen sind. Die Gesetze und Allerhöchsten Erlasse werden sämmtlich kommentirt.

Wir glauben, daß wir durch diese Mittheilung des überaus reichhaltigen Inhaltes die große praktische Bedeutung des Buches für jeden Juristen dargethan haben. Daß der von den Verfassern beigefügte Kommentar eine Reihe treffender und erläuternder Bemerkungen enthält, bedarf kaum der Erwähnung. Rassow.

---

## 53.

**Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich.** Unter Benutzung der Materialien sowie mit Vergleichung anderer Gesetzgebungen nebst Doktrin und Praxis erläutert von Dr. E. S. Puchelt, Reichsgerichtsrath. Fünfte und sechste Lieferung. Leipzig, Druck und Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung. 1880.

Diese beiden Lieferungen des Puchelt'schen Kommentars umfassen die §§ 227—368 der Strafprozeßordnung. Wir behalten uns ein weiteres Eingehen bis zum Abschlusse des Werkes vor und bemerken nur schon jetzt, daß der Verfasser die Praxis des Reichsgerichts bereits an vielen Stellen mittheilt.

Rassow.

---

## 54.

**Die Strafgerichtsverfassung und das Strafverfahren des Deutschen Reichs.** Für das Studium und die Praxis systematisch dargestellt von Dr. Paul Kayser, Kgl. Stadtrichter in Berlin. Paderborn, Druck und Verlag von Ferdinand Schöningh. 1879.

Der Verfasser stellt in dem Vorwort die Ansicht auf, daß für das Verständniß des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung, sowie für die Beseitigung von Zweifeln im einzelnen Falle die zahlreich erschienenen Kommentare, namentlich die Bearbeitungen von Löwe und Dr. von Schwarze, gesorgt haben. Wir fürchten, daß die Erfahrungen, welche die Praxis bei der Anwendung jener Gesetze gemacht hat, mit dem Urtheil des Verfassers nicht ganz übereinstimmen. Wir verkennen durchaus nicht, daß einzelne Kommentare, vor allen der Löwesche, mit großem Fleiße gearbeitet sind und in einsichtiger Weise bei einer Reihe von Fragen den Weg der Praxis geebnet haben. Dennoch tauchen bei der Anwendung der Gesetze noch viele Zweifel auf, über welche die Kommentare keine oder nur ungenügende Auskunft geben. Daß dies bei dem höchsten deutschen Gerichtshofe empfunden wird, können wir bezeugen. Daß sich eine ähnliche Erscheinung bei allen Gerichten zeigt, halten wir für nicht zweifelhaft. Viel eher stimmen wir dem Verfasser darin bei, daß das Verständniß der Strafprozeßgesetze als eines organischen Ganzen nur durch eine systematische Behandlung gefördert wird. Wir theilen auch seine Ansicht, daß diese Behandlung die Vergangenheit des heutigen Rechts nicht vergessen und ihren Blick auf die Zukunft richten müsse. Wie es damit aber übereinstimmt, wenn der Verfasser weiter sagt: „Geschichtliche Forschungen mußten dem Praktiker fern bleiben" will uns nicht einleuchten. Sind historische Untersuchungen zum Verständniß einer Gesetzgebung nöthig, so darf sich auch der Praktikter, welcher eine systematische Darstellung liefert, denselben nicht entziehen.

Es ist uns nicht möglich gewesen, uns den Inhalt des Buches ganz anzueignen. Diejenigen Partien, welche wir genauer durchgesehen haben, bieten kaum mehr, als man aus dem Dochow'schen Reichsstrafprozeß oder den Gesetzen selbst bei Benutzung eines Kommentars entnehmen kann.

Rassow.

---

## 55.

**Reichsgesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Socialdemokratie vom 21. Oktober** 1878 von Dr. von Schwarze. **Erlangen** 1879 **bei Palm und Enke.**

Das vorbezeichnete Schriftchen giebt nach einer Einleitung, welche im Wesentlichen den vom Verfasser im Reichstage erstatteten Bericht über das Gesetz wiedergiebt, den Wortlaut des Gesetzes mit einer Reihe von Bemerkungen, die aus den Materialien entnommen sind. Da das Gesetz voraussichtlich ohne große Veränderungen eine längere Geltungsdauer erhalten wird, wird das Schriftchen auch fernerhin zu schneller Orientirung über die einzelnen Bestimmungen gute Dienste leisten. E.

---

## 56.

**Das preußische Gesetz vom 15. April 1878,** betreffend den Forstdiebstahl mit Erläuterungen aus dem Systeme, der Rechtsgeschichte und den Materialien von W. A. Günther, Kgl. Staatsanwalt und Mitglied des Hauses der Abgeordneten. Breslau, 1878. J. U. Kern's Verlag (Max Müller).

Der Verfasser hat schon früher über die preußische Strafgesetzgebung in Feld- und Forstsachen geschrieben. Er ist Mitglied der Kommission des Abgeordnetenhauses zur Vorberathung des neuen Forstdiebstahlgesetzes gewesen und liefert uns in der vorliegenden kleinen Schrift einen, soweit wir absehen, sorgfältigen und ausführlichen Kommentar des Gesetzes. Daß er dabei auch die ältere Judikatur berücksichtigt, halten wir für zweckmäßig.

Rassow.

---

## Text-Ausgaben.

1. **Strafprozeßordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich.** Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister von Dr. A. Dochow, ordentl. Prof. in Halle. Zweite verbesserte und vermehrte Ausgabe. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1879.
2. **Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 1. Februar 1877 nebst dem Einführungsgesetz.** Mit Inhaltsangaben und zahlreichen Parellelstellen aus den Reichsgesetzen zu den einzelnen Paragraphen, sowie mit einem vollständigen Sachregister. Leipzig, Druck und Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung. 1880.

---

## Vorläufige Anzeigen.

Es sind ferner erschienen:

1. **Personenstand und Eheschließung in Deutschland.** Erläuterung des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung von Dr. Hermann von Sicherer, ord. Professor der Rechte zu München. Erlangen 1879. Verlag von Palm und Enke (Adolph Enke).
2. **Geschichte des K. Ober-Tribunals zu Berlin** von Dr. F. H. Sonnenschmidt, Ober-Tribunalsrath. Berlin. Carl Heymann's Verlag. 1879.

3. **Das Recht des Kommissionshandels** von Dr. C. S. Grünhut, o. ö. Professor der Rechte zu Wien. Wien 1879. Alfred Hölder, K. K. Hof- und Universitätsbuchhändler.
4. **Das Recht der Aktien-Gesellschaften.** Kritik und Reformvorschläge von Hermann Löwenfeld, Kgl. Preuß. Gerichts-Assessor a. D. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1879.
5. **Das Eisenbahnfrachtgeschäft nach Buch IV. Tit. V. a. d. H.G.B. von 1861.** — Ein Handbuch für Juristen, Eisenbahnbeamte, Kaufleute, Spediteure, Industrielle 2c. Von Dr. jur. Oskar Wehrmann, Offizial bei der Generaldirektion der kgl. bayr. Verkehrsanstalten, Betriebsabtheilung. Stuttgart. Verlag von Ferdinand Enke. 1880.
6. **Das römische Privatrecht** von Dr. Ferdinand Zródlowski, Professor an der Universität Lemberg. Band I. und II. Prag. Verlag von H. Dominikus.
7. **Zeugnißpflicht und Zeugnißzwang nach österreichischem Civilprozesse** von Dr. Emil von Schrutka-Rechtenstamm. Wien. Verlag der Manz'schen k. k. Hof-, Verlags- und Universitäts-Buchhandlung. 1879.
8. **Transmission pendente condicione.** Eine Untersuchung aus dem österreichischen Erbrechte von Dr. Emil Strohal, a. ö. Professor zu Graz. Graz 1879. Verlag von Leuschner und Lubensky, k. k. Universitäts-Buchhandlung.
9. **Das Spiel, seine Entwicklung und Bedeutung im deutschen Recht,** von Dr. Heinrich M. Schuster, Docent an der k. k. Universität Wien. Wien. Druck und Verlag von Paul Gerold's Sohn. 1878.
10. **Erörterungen über die Besetzung der Schöffengerichte und Schwurgerichte nach dem deutschen Gerichtsverfassungsgesetze** von Dr. Hermann Seuffert, Professor an der Universität Breslau. Breslau 1879. Verlag der E. Schletter'schen Buchhandlung. E. Frank.
11. **Inwieweit giebt es nach den Vorschriften der deutschen Civilprozeßordnung Fiktionen?** Eine prozessualische Abhandlung von Dr. Rudolf Leonhard, Gerichts-Assessor und Privat-Dozenten in Berlin. Berlin. Ferd. Dümmler's Verlagsbuchhandlung. Harrwitz und Goßmann. 1880.
12. **Einheit und Mehrheit der Verbrechen** von Dr. M. von Buri, Rath am Reichsgericht. Stuttgart. Verlag von Ferdinand Enke. 1879.
13. **Die Exekutions-Intervention nach der Reichs-Civilprozeßordnung** an einem praktischen Falle dargestellt und erläutert von Dr. Frese, Amtsrichter in Oederan. Leipzig. Druck und Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung. 1880.
14. **Stammbuch des Juristen und Beamten.** Stuttgart. Verlag von W. Spemann.
15. **Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs** von Dr. Heinrich Dernburg, Geh. Justizrath, Prof. an der Universität Berlin, Mitglied des Herrenhauses. Dritter Band. Halle a. d. S. Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses. 1880.

Die möglichst baldige Besprechung dieser Werke bleibt vorbehalten.

# Abhandlungen.

## 15.

## Ueber die Ausbildung der Referendare bei den preußischen Gerichtsbehörden.

Von dem Herrn Landgerichts-Präsidenten Schaper in Liegnitz.

Nach der herrschenden Ueberzeugung haben die neuen deutschen Justizgesetze vermöge der verminderten Bedeutung der Schriftlichkeit im Prozesse einen erheblichen Ausfall von Bildungsmitteln für die jungen Juristen in Preußen herbeigeführt. Auf der andern Seite erweist sich Angesichts der täglichen Handhabung jener Gesetze die Vorherverkündigung als vollkommen zutreffend, daß das neue Verfahren gegenüber den dadurch beseitigten preußischen Prozeßgesetzen erheblich gesteigerte Anforderungen stelle an die Kenntnisse, die praktische Gewandtheit und Leistungsfähigkeit, wie der Rechtsanwälte, so der Richter.

Wie ist die klaffende Lücke in der Ausbildung zu überbrücken? Was ist zu thun, um zu verhindern, daß die Durchschnittsbildung der künftigen Gerichtsassessoren nicht sinke? — was zu thun, um im Gegentheil gegen früher sie zu heben?

Vor Augen gelegt durch die Gleichmäßigkeit glanzvoller Erfolge ist in der neuesten Zeit für einen andern Stand, den Offizierstand, die Möglichkeit der Erreichung einer erhöhten, die Berufsgenossen der Vorzeit wie der Nachbarstaaten überragenden Durchschnittsbildung. Bei der Prüfung der hierzu eingeschlagenen Wege fällt der Blick vor allem Andern auf die sorgfältig durchdachte, vom Einfachen zum Schwierigen behutsam aufsteigende, Leistung um Leistung in steter Wechselwirkung eingehend prüfende Leitung des gesammten

Dienstes. Keine militärische Uebung schließt ab ohne durchgreifende Beurtheilung seitens des Vorgesetzten.

Die Formen freilich, in denen die Anleitung der Unerfahrenen durch die Erfahrenen, der Ungeübten durch die Geübten sich zu vollziehen hat, müssen wechseln je nach den Arbeitsgebieten und der dadurch bedingten Stellung der Staatsdiener. Die Militärhierarchie und ihr Kommandospruch läßt sich nicht auf das Gebiet der Justiz übertragen. Die wichtigsten Entscheidungen ruhen hier heutzutage auf der Grundlage kollegialischer Berathung, Verständigung und Beschlußfassung.

Indeß hat sich auch auf dem Rechtsgebiete bereits einmal in weitem Umfange die Möglichkeit verwirklicht, eine den Berufsgenossen der Vorwelt und Nachwelt überlegene Gleichmäßigkeit hoher Bildung zu erzielen und zwar ohne die Hülfsmittel hierarchischer oder kollegialischer Einrichtungen. Savigny und Andere nach ihm haben darauf aufmerksam gemacht, daß in der Beherrschung der juristischen Technik die römischen Juristen einer langen Glanzzeit im Wesentlichen einander gleich gestanden haben; daß sie in dieser Beziehung trotz der individuellen Verschiedenheiten gewissermaßen fungible Persönlichkeiten darstellten. Wird gefragt, auf welcher Grundlage dort ein so erstaunlicher Erfolg habe erzielt werden können, so fällt der Blick unwillkürlich auf die Stellung des Prätors zurück, als des jährlich wechselnden Leiters fast der gesammten Rechtsprechung; auf die Institution der Trennung von jus und judicium; auf die beim Verfahren in jure Jahrhunderte lang täglich erneuerte Uebung, die Besonderheiten aller möglichen Streitfälle einzuspannen in den engen, nur ausnahmsweise zu erweiternden Rahmen des gegebenen Edikts: d. h. schriftlich vorweg fertig gestellter Rechtssätze von gesetzesgleicher Bedeutung.

Diese methodische Uebung, alle Lebenserscheinungen sofort nach allen Richtungen hin, unter Abstoßung alles Unwesentlichen und irgend Entbehrlichen den zur Zeit maßgebenden Rechtsgrundsätzen richtig, vollständig und bündigst zu unterstellen, hat sich offenbar nicht verloren mit der sinkenden Bedeutung der Prätur. Die im schroffsten Gegensatz zu zahlreichen heutigen Darstellungsformen stehende Fassung der Pandekten-Fragmente bietet dafür die augenfälligen Beläge.

Eine besondere, und zwar sehr sorgfältige Leitung des Vorbe-

reitungsdienstes läßt sich für angehende Juristen bei der heutigen Verwickelung der Rechtsverhältnisse und unsrer Gerichtsorganisation nicht entbehren. Erfolg wird sie haben, wenn auch hier als Ziel unverrückbar bei stufenweisem Fortschritt im Auge behalten wird die ununterbrochene Uebung in der Befähigung:

> für jedes der richterlichen Thätigkeit unterbreitete — oder zu unterbreitende — Verhältniß Rechtssuchender sofort und nach allen Richtungen hin 1) die geltenden Rechtssätze, 2) die Form ihrer Verwirklichung richtig zu erfassen und aufzufinden.

Dies gilt für die streitige ebenso wie für die nicht streitige Gerichtsbarkeit, für Civil- wie für Strafsachen; für die Thätigkeit sowohl im Richter- als auch im Anwaltsstande.

Soweit dem letzten Stande — der Staatsanwaltschaft und der Rechtsanwaltschaft nebst dem Notariat — die Leitung des Vorbereitungsdienstes anheimfällt, soll sie von den nachfolgenden Betrachtungen ausgeschlossen bleiben, um dieselben in übersichtlichen Grenzen zu halten. Es kann dies allerdings nicht vollständig geschehen; denn die für jenen Dienst erlassenen gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen umfassen vielfach das gesammte Gebiet der Ausbildung.

Ausgehend vom erbrachten Nachweise einer ausreichenden Kenntniß der Disziplinen des öffentlichen und Privatrechts sowie der Rechtsgeschichte und der Grundlagen der Staatswissenschaften fordert das Gesetz vom 6. Mai 1869 (§ 8) als Gesammtergebniß des Vorbereitungsdienstes,

> daß die Referendare sich in sämmtlichen Geschäftszweigen des richterlichen, staatsanwaltlichen, Anwalts-, Notariats- und Bureau-Dienstes eine solche Einsicht und praktische Gewandtheit erwerben, wie sie zur selbständigen Verwaltung des Amtes eines Richters, Staatsanwalts, Rechtsanwalts oder Notars erforderlich ist.

Die Direktiven bezüglich der Erreichung dieses Erfolges nach Maßgabe der bestehenden Justiz-Einrichtungen sind in dem Regulativ vom 22. August 1879 und der allg. Verfügung vom 20. März 1880 gegeben.

Die allgemeine Beaufsichtigung und Leitung des Vorbereitungsdienstes liegt danach den Präsidenten der Oberlandesgerichte ob; die besondere Leitung für die Thätigkeit bei Gericht den Vorständen

der Gerichte. Als der ausschließliche Zweck des Dienstes bezeichnet wird die wissenschaftliche und praktische Ausbildung der Referendare.

Durchgehende äußere Mittel zur Beaufsichtigung und Leitung des gesammten Dienstes bilden die Geschäftsverzeichnisse und die auszustellenden Zeugnisse; als Gewähr für eine genügende Durchbildung sind gewisse Mindestzeitmaße der Beschäftigung in den verschiedenen Stationen festgesetzt; für die Vorbereitung bei den Gerichten wird überall ausgegangen von der Ueberweisung an einzelne beschäftigende Richter.

Es fragt sich, wie diese Mittel, die sich an die früheren Anordnungen durchaus anschließen, am besten nutzbar zu machen sind, um einen stetigen Fortschritt in der wissenschaftlichen und praktischen Ausbildung der Referendare möglichst zu sichern und zu veranschaulichen? Zwei Punkte anscheinend sind es, die erhöhter Aufmerksamkeit bedürfen. Es besteht unter den zahlreichen beschäftigenden Richtern eine weitgehende Verschiedenheit ihrer Auffassungen bezüglich der Erfordernisse einer sachgemäßen Anleitung. Dem Einzelnen ist hiebei das erforderliche Freiheitsgebiet zu belassen; aber dringend wünschenswerth bleibt es, daß erkennbar bleibt, wie ein Jeder diese seine Aufgabe erfaßt und durchführt. Auf der andern Seite muß es den Referendaren möglich gemacht werden, sich selbst stets darüber im Klaren zu halten, ob sie genügend fortschreiten. Es bedarf zur Erreichung beider Ziele nur einer erweiterten Ausnutzung der Geschäftsverzeichnisse und ihrer Ergänzung durch solche Spezialzensuren, welche in die Hände der Referendare gelangen.

Das Geschäftsverzeichniß soll nach dem Regulativ eine Uebersicht der Thätigkeit des Referendars geben und die einzelnen bedeutenderen Geschäfte hervorheben; es soll allmonatlich dem Beschäftigenden bzw. leitenden Richter übergeben und von diesem mit einem Vermerk versehen werden „zum Zeichen genauerer Einsicht“. Der Vermerk sollte demnach stets verweigert werden, so lange die Dürftigkeit des Geschäftsberichts kein genügendes Bild der Thätigkeit giebt, und einzelne Leistungen entweder gar nicht oder ohne ein karakterisirendes Wort bringt, welches den Grund der größeren Bedeutung erkennen läßt. Allein dauernd fruchtbar für den Referendar wird der Vermerk der Einsicht erst dann, wenn derselbe benutzt werden darf und zur geeigneten Zeit auch benutzt wird: 1) um besonders gelungene Leistungen, 2) um solche Mängel hervorzuheben,

welche sich bislang durch mündliche Belehrungen nicht haben beseitigen lassen. In der wirksamsten Weise zur Unterstützung dienen Spezialzensuren bezüglich vorgekommener bedeutenderer Geschäfte, sobald sie dem Referendar dauernd die Vorzüge und die Mängel in den Arbeiten vergegenwärtigen, denen er besonderen Fleiß zu widmen berufen war.

Ein derartig auf Wechselwirkung berechnetes, sorgsam durchgeführtes Geschäftsverzeichniß giebt ein treues Bild nicht nur von der Leitung des Vorbereitungsdienstes nach den Gegenständen, sondern auch von der Lösung jener durchgehenden Aufgabe, den jungen Juristen im Aufsteigen vom Einfachen zum Schwierigeren zu üben. Es ist nicht minder geeignet, auch den wissenschaftlichen Fortschritt des Referendars erkennbar zu machen, und einigermaßen zu veranschaulichen, in wie weit ihn die innere Durcharbeitung des Rechtsstoffes zu wachsender Sicherheit geführt hat im Erfassen des Zusammenhanges der zahlreichen, heutzutage geltenden Gesetze und ihrer Ausführungsbestimmungen.

Auf solcher Grundlage erlangen diejenigen im Regulativ angeordneten Zeugnisse ein erheblich erhöhtes Gewicht, welche den Referendaren nicht auszuhändigen sind. Sie sollen, abgesehen vom Verhalten, die Leistungen und die in denselben hervorgetretenen Mängel beleuchten. Die Mängel sind indeß nur dann den Referendaren voll in Rechnung zu stellen, wenn rechtzeitig auf ihre Beseitigung hingewirkt ist. Dazu genügen nicht mündliche Anweisungen allein. Sie werden gar zu leicht in ihrer Tragweite unterschätzt; leicht mißverstanden; auch leicht in einem Gewande erblickt, das den Faltenwurf augenblicklicher Erregung, Mißstimmung und Mißbilligung an sich zu tragen scheint. Anweisungen zur Abstellung wiederkehrender Mängel erhalten eine durchgreifende Wirksamkeit erst, sobald sie in eine schriftlich festgestellte Regel und Anordnung sich umsetzen.

Auf solcher Grundlage läßt sich aber vielleicht auch noch ein anderes Verhältniß in neuer Weise regeln, das eine große Zahl von Referendaren in den wechselvollsten Uebergängen trifft: es ist das System der Anrechnung von Unterbrechungsperioden durch militärische Dienstleistungen. Die körperlich-rüstigsten der Referendare, welche das Glück haben, dem Staat ihre Kräfte auch auf dem militärischen Gebiet widmen zu können, pflegen aus dem einjährigen Dienst eine so strenge Gewöhnung an Pünktlichkeit und Sorgfalt im Kleinen, eine so gesteigerte Arbeitskraft und Arbeitslust mitzubringen, daß

sie meistens jede andere Unterbrechung des Vorbereitungsdienstes verschmähen und mit hervorragender Energie sich der Ausbildung in allen Rechtssachen widmen. Es gilt diese Wahrnehmung vorzugsweise für diejenigen jungen Leute, welche nicht schon als Studenten, sondern in den gereifteren Jahren des Referendariats ihr Militärjahr absolvirt haben. Den einen, wie den anderen indeß dürfte nach den gemachten Erfahrungen bei achtwöchigen und ähnlichen späteren kurzen militärischen Uebungen sehr wohl gestattet werden können, sie nur mit der Hälfte der Zeit als Unterbrechung sich in Anrechnung bringen zu lassen; was aber die Referendare betrifft, welche als solche ihr Militärjahr abzudienen haben, so dürfte nach Beendigung desselben und nach Berechnung des während dessen geleisteten Vorbereitungsdienstes es angänglich erscheinen, zunächst noch einen etwa 3—6 monatlichen Zeitraum abzuwarten, um auf Grund des Geschäftsverzeichnisses und eines — auf Spezialzensuren gestützten — Zeugnisses zu ermessen, ob nicht ein weiterer Zeitraum bis zu etwa 3 Monaten ihnen noch außerdem aus der Militärdienstzeit auf den Vorbereitungsdienst anzurechnen sei. Der bisher sehr schwer zu eruirende Faktor liegt in dem Umfange wissenschaftlicher Ausbildung während des Militärdienstes. Von den wenigsten Referendaren wird sie vernachlässigt. Je nach der Beschäftigung beim Landgericht oder Oberlandesgericht in kürzerer, beim Amtsgericht in längerer Frist läßt sich aber demnächst vermöge sorgsamer Verfolgung der Einzelleistungen ein möglichst sicheres Urtheil auch nach dieser Richtung hin gewinnen und objektiv begründen.

Sobald das Geschäftsverzeichniß, unterstützt von Spezialzensuren ein anschauliches Bild der Entwickelung des Referendars in seiner wissenschaftlichen und praktischen Ausbildung giebt, läßt sich auf jedem Gebiete der bei Gericht zu leistenden Thätigkeit Ueberzeugung davon gewinnen, was effektiv erreicht ist. Es bietet sich die Möglichkeit, Unvollkommenheiten der amtsgerichtlichen Vorbildung später beim Landgericht durch Anordnung von nachträglichen Nebenbeschäftigungen am Amtsgericht auszugleichen. Solche Lücken können ohne Schuld des Referendars entstehen; so wenn die Gunst oder Ungunst der Umstände es ihm versagt, am Amtsgericht die Durchführung eines Konkurses, die Aufstellung eines größeren Erbrezesses, die Bearbeitung schwierigerer Grundbuchoperationen kennen zu lernen.

Auf den gegebenen Grundlagen endlich läßt sich scharf abgren-

zen, welche Aufgaben dem Amtsgericht, dem Landgericht, dem Oberlandesgericht für den Vorbereitungsdienst im Einzelnen zu stellen sind, um das Ziel einer allseitigen Durchbildung zu erreichen.

Im Hinblick auf § 8 des Ges. vom 6. Mai 1869 und auf die dem Amtsgericht überwiesenen Geschäftszweige muß bei demselben erworben werden

1) eine vollständige Kenntniß und zureichende Sicherheit für alle das Verfahren am Amtsgericht beherrschenden Gesetze und Regeln,
2) eine eingehende Kenntniß des geltenden Rechts am unbeweglichen Gut, des Familienrechts, des Erbrechts; sowie eine Kenntniß der Grundzüge des sonstigen bürgerlichen und des Strafrechts.

So unsystematisch die letzten Anforderungen auf den ersten Blick scheinen mögen, so genau entsprechen sie doch der Abgrenzung auf diejenigen Gebiete, für welche heutzutage der Referendar schon am Amtsgericht die Befähigung zu selbständiger Thätigkeit sich erwerben soll. Ausgeschlossen hiervon bleibt zufolge § 2 des Ausf.-Ges. z. Ger.-Verf.-G. die Urtheilsfällung, die Aufnahme letztwilliger Verfügungen und die Vornahme gewisser Handlungen des Strafverfahrens; eingeschlossen also bis auf letztwillige Verfügungen das ganze Gebiet der nicht streitigen Gerichtsbarkeit: das Grunderwerb- und Grundbuchrecht, das Vormundschaftswesen, die Nachlaßregulirungen, das Erbbescheinigungswesen; die Aufnahme von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die dadurch hauptsächlich betroffenen Gebiete des materiellen Rechts können im Zusammenhange am leichtesten, sie können mit Erfolg sogar nur beim Amtsgericht vollständig durchgearbeitet werden, sobald Gewicht darauf gelegt wird, das Studium durch die reiche Kasuistik des täglichen Lebens unmittelbar und ununterbrochen belebt und befruchtet zu sehen, und es zu verhüten, daß bei der Ausbildung Wissenschaft und Praxis in divergirende Richtungen gerathen.

Weitgreifende Zweige der Geschäftsthätigkeit in Streit- und Strafsachen fallen gleichfalls theils der ausübenden, theils der überwachenden Wirksamkeit des Amtsrichters zu. Ueberall ruht der Schwerpunkt da auf der besondern Ordnung des Verfahrens: so in Civilrechtsstreitigkeiten für das Mahnverfahren, das Sühneverfahren, das Vollstreckungsverfahren, insbesondere die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung von unbeweglichen Gegenständen, für die zu

beaufsichtigende Thätigkeit der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsbeamten; für das Hinterlegungswesen; für das Konkursverfahren. Aus dem strafrechtlichen Gebiet fallen die Schöffensachen, die Forstdiebstahlssachen und Vorführungssachen besonders ins Gewicht.

Als ein hierfür durchgehend und überall gleichmäßig zu erreichendes Ziel ist zu bezeichnen die Erwerbung vollständiger Sicherheit in der Handhabung aller Formen des amtsgerichtlichen Verfahrens. Sie läßt sich nur auf dem Wege vielseitiger praktischer Uebung erlangen, und Lücken sind späterhin sehr schwer genügend auszufüllen, während die einmal gewonnene Sicherheit sich mit größter Leichtigkeit auf alle Abweichungen im später zu erlernenden landgerichtlichen Verfahren überträgt.

Auf welchen Wegen am besten die angegebenen Ziele zu erreichen sind, läßt sich allgemeinhin nicht mit überall zutreffender Bestimmtheit regeln. Als wünschenswerth läßt sich bezeichnen, mit der Ausbildung in Sachen der streitigen Gerichtsbarkeit, insbesondere im Protokolliren zu beginnen; der Uebung in Spruchsachen des Straf- und Civilprozeßverfahrens diejenige in Zwangsvollstreckungssachen folgen zu lassen und dann erst das Gebiet der nicht streitigen Gerichtsbarkeit zu beschreiten; auch anordnen läßt sich dies für Einzelamtsgerichte oder bei einer verhältnißmäßig geringen Zahl von Referendaren; allein bei mehrfach besetzten Amtsgerichten mit überwiegend nach Geschäftsgattungen getrennten Arbeitskreisen dürfte der Erwägung der Vorzug zu geben sein, daß es sich weder empfiehlt, die Leitung des Uebungsdienstes gleichzeitig in mehrere Hände zu legen, noch auch dem einzelnen Amtsrichter zu dauernder Beschäftigung mehr als zwei Referendare zuzuweisen.

Deshalb erscheint es rathsamer, von jedem Amtsgerichte, und zwar bei mehrfacher Besetzung nach Verständigung aller Amtsrichter unter einander, einen Beschäftigungsplan entwerfen zu lassen, welcher die Vorbildung in allen Geschäftszweigen einschließlich der Gerichtsschreiberei nach einer dort angemessenen Folgeordnung regelt, aber auch Raum läßt für die Berücksichtigung der Anlagen, Neigungen und für berechtigt zu erachtender Wünsche der einzelnen Referendare. Ein solcher Plan bietet zugleich den Vortheil, jedem Amtsrichter eine gewisse Selbständigkeit der Betheiligung an der Ausbildung von vornherein zu sichern. In noch erhöhtem Grade tritt dies ein, wenn jeder derselben aufgefordert wird, diejenigen Arbeiten innerhalb

seiner Geschäftszweige anzugeben, denen er als gewissermaßen den Höhepunkten der Leistungen eine hervorragende Bedeutung beilegt; und für welche abgesehen von dem allgemeinen Zeugniß Einzelzensuren ertheilt werden sollen. Mit allen Vortheilen dieser Spezialzeugnisse für den daraus sich belehrenden Referendar verbindet sich der weitere Vortheil, daraus die Methode der Anleitung kennen zu lernen und beim Landgericht überall mit Sicherheit Bestimmungen darüber treffen zu können, in wie weit auf Uebung in der selbständigen Erledigung einzelner richterlicher Geschäfte nach dem erlangten Beschäftigungsalter von zwei Jahren noch Bedacht zu nehmen sein wird.

Was die Uebungsthätigkeit beim Landgericht als solchen anbelangt, so mögen bei den größeren derselben im Beschwerdeverfahren ergiebige Ausbildungsmittel sich finden lassen; bei den kleineren liegen sie vorzugsweise in den Spruchsachen des Straf- und Civilprozeß-Verfahrens, sei es erster Instanz, sei es im Berufungswege. Mit denselben kann jedes Gebiet des materiellen Rechts in Bearbeitung gezogen werden; immerhin läßt sich dies regelmäßig für einen sehr beträchtlichen Theil desselben erwarten. Tritt daher der Referendar mit genügender Sicherheit in der Handhabung der Formen des Verfahrens zum Landgericht über, so hat hier das Studium des materiellen Rechts seinen breiten Boden, der mit Umsicht beackert und angebaut werden muß.

Für die Strafsachen alsdann ist die Wahrnehmung der Spruchsitzungen von erheblich größerer Bedeutung als die der Vortragssitzungen für Beschlußfassungen. Das Maß des Eindringens in den Fall und in die einschlagenden Gesetze läßt sich aber mit Sicherheit nur dann erkennen, fördern und zur erreichbaren Fertigkeit steigern, wenn ununterbrochen drei Punkten die Aufmerksamkeit gewidmet bleibt: 1) der Protokollführung (ohne Diktate), 2) der Betheiligung an der Berathung, 3) der Urtheilsfassung; hier insbesondere der Frage, ob stets eine vollständige Darstellung des Thatbestandes in bündig abschließender Kürze gegeben ist, ob die Entscheidungsgründe des Gerichtshofes richtig und mit Gesetzeskunde abgefaßt worden sind. An der Hand von Einzelzensuren nach zweckmäßigen Formularen wird der Referendar mehr und mehr es lernen, die sachlich gebotenen Anforderungen zu erfüllen. Das gilt ebensosehr für die in Berufungssachen hinzutretende Berichterstattung über die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens.

Von weit größerer Wichtigkeit für die Uebung im Urtheilen können aber die Civilprozeßsachen werden. Dem Bedauern über den Wegfall des Referats sei es erlaubt die Ueberzeugung entgegen zu halten, daß gerade das neuere Verfahren die Möglichkeit eröffnet, in anderer Form als seiner Zeit zu Rom zu einer ununterbrochenen Aussonderung, Handhabung und Uebung gerade derjenigen Thätigkeit zu gelangen, welche in der Rechtskunde ihren eigenthümlichen Träger hat.

Das Referat, ähnlich dem dadurch verdrängten status causae et controversiae, mußte Bedacht darauf nehmen, das thatsächliche Material der Parteischriften möglichst vollständig zu bringen, um die Ausscheidung des Wesentlichen dem Urtheil des Hörers zu überlassen. Bei der gegenwärtigen Vorbereitung der mündlichen Verhandlung beim Landgericht kommt es aber, abgesehen von der Prüfung der Schlüssigkeit der Klagen auf den Fall des Antrages auf Versäumnißurtheil, hauptsächlich darauf an, sich vorweg klar darüber zu werden, in welchen Richtungen für die Leitung der Verhandlung sich empfehlen wird, vom Fragerecht, vom Trennungsrecht, von den sonstigen Befugnissen der §§ 130 ff. der Civ.Pr.O. Gebrauch zu machen. Dies läßt sich nicht thun ohne eine eingehende Prüfung des rechtlichen Werthes der Klagegründe, der Einreden, der Widerklagegründe, der illustrirenden Anführungen. Wichtig in hervorragendem Grade bleibt auch — zumal bei mangelhaften Schriftsätzen — eine sehr sorgfältige Durchprüfung der Beweislast. So sind schließlich alle Gebiete des materiellen und formellen Rechts in Erwägung zu ziehen; für jeden einzelnen Fall nach Maßgabe der ihn bestimmenden Rechtsregeln; doch aber nur zum Zweck der Vorbereitung; stets nur im Hinblick darauf, die erschöpfende Erörterung einer Streitsache zu sichern, die sich von den Grundlagen der Klage niemals erheblich entfernen kann, im Uebrigen selten Neues von völlig überraschender rechtlicher Tragweite bringen wird.

Es giebt kein geeigneteres Mittel zur Vorbereitung aus den vorbereitenden Schriftsätzen für die mündliche Verhandlung als eine Zusammenfassung des darin gebotenen Rechtsstoffes in ähnlich knapper, eng gedrängter Weise der Darstellung, wie sie im römischen Formularprozeß erzielt werden mußte. Damit ist nicht gemeint, auch dessen Formen nachzuahmen, wie sie uns u. A. in Keller's römischem Civilprozeß entgegen treten; nur deren innerer Werth soll ausgebeutet:

der Streitfall in genauster Aussonderung des rechtlich Wesentlichen aus den Parteierklärungen klar gestellt werden: kein Wort zu viel; alles in der richtigen Ordnung und streng nach dem Werth für die Rechtsentscheidung bemessen.

Wie beim Reichsgericht für seine Entscheidungen eine schriftliche Vorbereitung aus den vorbereitenden Schriftsätzen zur Regel gemacht ist, so gebietet schon die Verwickelung der heutigen Verkehrs-, Vertrags- und sonstigen Streitverhältnisse in zahlreichen Civilprozeßsachen erster Instanz eine ähnliche schriftliche Vorbereitung. Wird darauf gedrungen und streng gehalten, daß sie weder einen Aktenauszug, noch eine bloße Ordnung alles Thatsächlichen nach rechtlichen Gesichtspunkten, sondern eine nach diesen Gesichtspunkten geordnete, lediglich das hierfür Wesentliche scharf ins Licht stellende Uebersicht des vorbereitend gebrachten Sach- und Streit-Standes enthält, so springt daraus ohne Weiteres ins Auge, wo die Streitpunkte (thatsächlich oder rechtlich) liegen, deren Lösung zur Aufgabe des Gerichts voraussichtlich werden wird. Daran anzuschließen haben sich, abgesehen von etwaigen Vorprüfungen der Beobachtung von Vorschriften des Verfahrens, 1) Vorschläge bezüglich der Leitung der Verhandlung; 2) Entwürfe für Beweisbeschlüsse, für Theilurtheile, für Zwischenurtheile, bedingte, Endurtheile; überall mit kurzer, aber ein eingehendes Studium der Gesetze bekundender Begründung.

Tritt der Referendar mit solcher Vorbereitung in die Verhandlung, so wird er nicht nur für die Protokollführung, sondern auch für die Auffassung alles mündlichen Partei-Vorbringens gerüstet sein; er wird sich die Fähigkeit erwerben, an der Berathung selbst unter Wandlungen des Streitstandes erfolgreich sich zu betheiligen, und wird sich Sicherheit aneignen in einer Absetzung der Erkenntnisse, welche niemals vermissen läßt: eine richtige und vollständige Darstellung des Sach- und Streitstandes sowie des Beweisergebnisses; eine sachgemäße Würdigung der Beweislast und endlich eine zutreffende, den Ansichten des Gerichtshofes genau entsprechende Unterstellung des Thatbestandes unter die maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen.

Erfolgt nach allen diesen Richtungen durch entsprechend formulirte, streng kritisirende Spezialzensuren eine fortschreitende Belehrung und Anleitung, so wird es schließlich dem Referendar nicht schwer fallen, eine Auswahl unter seinen Arbeiten zu treffen, um zu be-

stimmen, was davon zu dem versendbaren Anlagenheft der Dienstakten genommen werden soll. Zugleich werden die Gegenstände der Wahl nicht bloß als vereinzelte, möglichst gut gelungene Arbeiten, sondern als die Frucht einer sorgsam fortgesetzten Uebung erscheinen, richtig sich einreihend in den aus dem Geschäftsverzeichniß und den allgemeinen Beschäftigungszeugnissen erhellenden Bildungsgang.

Naturgemäß führt die hiermit geschilderte Art der Ausbildung am Landgericht zu der weiteren Frage, ob sich nicht Angesichts der umfangreichen Heranziehung von Gesetzen aller Art zur Bearbeitung der einzelnen Sachen ein Verfahren einführen läßt, welches der systematischen Durcharbeitung der wichtigsten Rechtsgebiete einen festen und unverrückbaren Halt giebt. Um so wichtiger erscheint eine solche Erwägung, je mehr bei der wachsenden Gesetzesmenge sich die Gefahr steigert einer Vermehrung jener Referendare zweiter Klasse, welche durch die ganze Ausbildungszeit hindurch an der geheimen Hoffnung zehren, für das Examen von einem bewährten Repetenten eingeschult zu werden, dem die Befähigung nicht fehlt, das Maß des Wissenswerthen aus Prüfungsberichten in unmittelbar praktischer Weise zweckmäßig abzugrenzen. Dem späteren praktischen Juristen wird damit die schwierigste aller heutigen Aufgaben nicht erspart, welche im Zusammenfassen der Gesetze nebst ihren Auslegungsbehelfen, im Erkennen und Festhalten aller Fäden der inneren Verbindung liegt. Sie muß hinterher im Amt gelöst werden, und wer sich nicht früher darauf eingearbeitet hat, wird lange und schwer an dieser Vernachlässigung zu tragen haben. Ihr ist nach Möglichkeit entgegen zu wirken.

Bei der Bemessung der richterlichen Arbeitspensen indeß ist eine wissenschaftliche Anleitung der Referendare nicht in Rücksicht gezogen. Während demnach zur Zeit an theoretische Unterrichtskurse als eine dauernde Einrichtung nicht bei den Landgerichten — auch wohl kaum bei den Oberlandesgerichten — gedacht werden kann, bietet sich immerhin ein ergiebiges Ersatzmittel dar, das überall zur Anwendung sich bringen läßt. — Bei der Wichtigkeit der Uebung im raschen und sichern Auffassen hervortretender Streitpunkte und Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Auslegung der Gesetze und ihres Zusammenhanges läßt sich ein erheblicher Nutzen davon erkennen, daß die Referendare veranlaßt werden, am Schluß jeder Woche für eine Stunde unter der Leitung eines Mitgliedes des Landgerichts

zusammenzutreten, um Vortrag zu halten über solche Streitfragen, welche im Laufe der nächstverflossenen Sitzungen aufgetaucht sind. Die Vorträge sind in knappster Form auf die Angabe der Streitfrage, des bezüglichen Gesetzes, der beiderseits geltend gemachten Gründe und der eignen Ansicht zu beschränken. Sache des leitenden Richters bleibt es, eine Debatte, eine Erörterung oder die Verweisung zu nochmaliger Erwägung hervorzurufen und für eine fortlaufende schriftliche Feststellung der erörterten Streitfragen zu sorgen.

Nicht minder instruktiv erweist es sich, für das Plenum den Referendaren den kurz gedrängten Vortrag von Entscheidungen höherer Behörden, insbesondere des Reichsgerichts anzuvertrauen.

Zur Anordnung rechtswissenschaftlicher Uebungsarbeiten wird sich nur da schreiten lassen, wo die sonstigen Geschäftsverhältnisse sie gestatten. Kann hierbei nicht mit umfassender Umsicht vergleichende Kritik geübt werden, so haben diese Leistungen neben den praktischen Ausarbeitungen keinen genügenden Werth.

Unter den Spruchsachen der Praxis sondert sich eine Gattung besonders aus. Sie bringt ein neues, sehr erhebliches Bildungselement mit sich und erscheint als ganz besonders geeignet, um nach guter Beendigung des landgerichtlichen Vorbereitungsdienstes beim Oberlandesgericht eine durch stete Kritik belebte Wiederholung und weitere Vertiefung des Rechtsstudiums herbeizuführen. Gemeint sind die Sachen des Berufungsverfahrens. Wie für die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, so für die Absetzung des Erkenntnisses wird es für den Referendar hier zur Aufgabe, stets in eine sachgemäße Prüfung des Vorerkenntnisses einzutreten.

Demnach bietet sich im neueren Verfahren auf allen Stufen der gerichtlichen Thätigkeit eine recht ergiebige Menge von Bildungsmitteln. Um so besser werden sie benutzbar bleiben, je bestimmter die Ansprüche an den Eintritt in den Dienst aufrecht erhalten werden, welche an ein fleißiges Studium auf der Universität sich anzuknüpfen haben; diese Ansprüche hinwiederum werden sich einerseits vereinfachen, andrerseits erhöhen, sobald das Gebiet des Reichsrechts mehr und mehr an Ausdehnung gewinnt. Ein vollständiger Umschwung des Bildungswesens aber steht zu erwarten, sobald auf allen Rechtsgebieten das Universitätsstudium die Grundregeln des geltenden, unmittelbar anwendbaren Rechts zur systematischen Darstellung und Durcharbeitung bringen wird. Nicht möglich ist dies

ohne eine Umsetzung aller dem römischen Recht und der Doktrin des vorigen und laufenden Jahrhunderts entlehnten Grundbegriffe in eine einheitliche deutsche Rechtssprache. Wie mühselig und schwierig es bleibt, den ganzen Reichthum tief durchdachter Vorstellungen in neue Ausdrucksweisen umzugießen, hat sich bei der fortschreitenden Bearbeitung des Reichsstrafrechts gezeigt. Rascher und umfassender scheint auf dem Gebiete des Straf- und Civilprozeß-Verfahrens der Umschwung sich zu vollziehen. Immerhin drängt sich die Ueberzeugung auf, daß die Schaffung jener einheitlichen Rechtssprache nur durch die Reichsgesetzgebung ins Werk gesetzt werden kann, so wichtige Dienste dieserhalb in Einzelheiten auch durch die Kraft der Wissenschaft geleistet werden mögen. Erst mit der Herstellung des Civilgesetzbuchs ist demnach der Zeitpunkt zu erwarten, an dem die Frage wiederkehren wird, ob bei dem erhöhten Werth der Universitätsvorbildung für den Eintritt in den praktischen Dienst die Zeitabschnitte verändert und die vielseitig geltend gemachten Forderungen erfüllt werden können: dem Universitätsstudium 4 Jahre, der praktischen Ausbildung 3 Jahre zu widmen.

Von jenem würden dann etwa 2½ Jahre dem Recht der Vergangenheit, 1½ Jahre dem Recht der Gegenwart zu widmen sein. Für die historischen Studien dürften alsdann die Versuche der Darstellung einer den einzelnen Rechtsinstitutionen beiwohnenden und Jahrhunderte durchziehenden inneren Entwickelung zurücktreten hinter die für die Vorbildung eines überwiegend zur praktischen Thätigkeit berufenen Juristenstandes wichtigere Aufgabe, den Hauptepochen der Rechtsgeschichte eine zusammenfassende Darstellung des gesammten Rechtszustandes zu widmen. Für das römische Recht würde anscheinend die Zeit der 12 Tafeln, des edictum perpetuum und der 5 großen Juristen vorzugsweise ins Gewicht fallen. Mit dem Rücktritt der Gesetzgebung Justinians in den Schatten einer höchst merkwürdigen, aber nicht vorbildlichen Epoche der Rechtskultur würde volle Freiheit gegeben sein, das wichtigste pädagogische Hülfsmittel zur Schulung juristischen Denkens am ausgiebigsten zu nützen: die Exegese der Pandekten-Fragmente. — Für das Deutsche Recht möchte die Zeit Karls des Großen und der Hohenstaufen, in minderem Grade die des ersten Maximilian in Betracht kommen. Steigendes Interesse dürfte sich an die Vereinigung der jetzt vereinzelt, aber immer reichhaltiger auftretenden Wahrnehmungen knüpfen, denen zu-

folge die wichtigsten Rechtsbildungen der Neuzeit nicht auf römische Rechtsauffassungen sich zurückführen lassen. Kein einziges Rechtsgebiet mehr giebt es, auf dem nicht eine davon grundverschiedene, aber vielfach auf ältere deutsche Rechtsgestaltungen zurückweisende Anschauung vom Wesen der Rechtsordnung sich zur Geltung brächte.

Werden demnächst im Anschluß an die Vorgeschichte die Grundzüge des Reichsrechts, als des auf allen Gebieten herrschenden Rechts, in der Lebenswärme einer festgegliederten, deutschen Rechtssprache vorgetragen, durchgesprochen und verarbeitet, so werden die Referendare mit einem Rüstzeug an Kenntniß und Einsicht in die Uebung der Praxis eintreten, welches trotz einer namhaften Verkürzung der Beschäftigungszeiten als Ergebniß des Vorbereitungsdienstes auch künftighin zu sichern vermag: eine allseitig erhöhte juristische Bildung.

---

## 16.

## Die durch den Prozeßrichter vermittelte Vormerkung.

(Schluß von Nr. 11 dieses Jahrgangs.)

Von dem Herrn Landrichter Kindel in Halle.

---

Wir wenden uns nunmehr zu der Betrachtung der Rechtswirkungen der Vormerkung und haben zunächst die uns interessirenden Fragen näher zu begrenzen. Die Frage nach den Rechtswirkungen der Vormerkung kann man auch so formuliren: In wie weit wirkt die Vormerkung dinglich, oder welche Wirkung entlehnt die Vormerkung aus den Wirkungen der definitiven Eintragung? Denn mag es auch richtig sein, daß die Vormerkung der Regel nach die volle Wirkung der Dinglichkeit und die volle Wirkung der definitiven Eintragung[1]) überhaupt nicht hat, so muß zu dem Rechte durch die Vormerkung doch ein Rechtserfolg hinzutreten, da sie sonst keine Bedeutung hätte.

Aber auch so formulirt erscheint die Frage noch zu allgemein, da sich nicht ohne Grund behaupten läßt, daß der Begriff der Dinglichkeit mehr in einem gewissen Gefühle, als im ganz klaren Ver-

[1]) Niemals begründet die Vormerkung das von dem materiellen Rechte losgelöste Verfügungsrecht, d. h. der Vorgemerkte kann nur soviel Rechte übertragen, als er selbst hat. Die Abtretung seines Rechts steht ihm natürlich frei.

ständniß beruht; wir zersetzen den Begriff der Dinglichkeit und formuliren demgemäß die einzelnen Fragen im strengsten Anschluß an das gestellte Thema, ohne uns auf allgemeine, zu weit führende Erörterungen einzulassen.

In dem Begriff der Dinglichkeit soll es liegen, daß das Recht gegen Dritte wirkt, gegen das Entstehen neuer Individualrechte gesichert wird, das Recht der Folge (droit de suite) erlangt. Auf unser Thema angewendet wird die Frage dahin lauten:

„Inwiefern sichert die Vormerkung gegen das Entstehen neuer Individualrechte, insbesondere durch Verfügungen des als Eigenthümer Eingetragenen?

Es ist dies die Frage nach der s. g. arrestatorischen oder besser rechtsichernden Wirkung der Vormerkung.

Aus dem Begriff der Dinglichkeit eines Rechts bestimmt sich ferner seine Stellung zu den reinen Obligationen (Geldansprüchen). Das dingliche Recht löst sich in der Konkurrenz mit einer Obligation nicht selbst in einen Geldanspruch auf, sondern setzt sich kraft des ihm innewohnenden Vorzugsrechtes (droit de préférence) ihr gegenüber und insbesondere im Konkurse durch. Hiernach ist von uns folgende Frage zu behandeln:

„Inwiefern schützt die Vormerkung gegen das Andringen der Obligationen, welche gegen den als Eigenthümer Eingetragenen schon bestehen oder erst entstehen?"

Es ist dies die Frage nach der eigentlich dinglichen Bedeutung der Vormerkung oder ihrer rechterzeugenden Wirkung, indem sie das im Begriffe der Dinglichkeit liegende Vorzugsrecht erst erzeugt.

Aus dem Begriff der Dinglichkeit läßt sich endlich der Karakter eines Rechts als eines absoluten oder selbständigen folgern. Die definitive Eintragung (der Erwerbsakt des dinglichen Rechts) macht dasselbe unabhängig von dem Rechte des Auktors, der Erwerber kann sich auf den Glauben des Grundbuchs verlassen und erlangt auch dann ein Recht an der Sache, wenn sein Auktor es nicht hatte, indem die gegen den Auktor bestehenden Individualrechte vernichtet und eventualiter zu bloßen Geldansprüchen gegen ihn (reinen Obligationen) herabgedrückt werden. Auf unser Thema angewendet wird also die Frage dahin zu formuliren sein:

Inwiefern schützt die Vormerkung gegen das Andringen von Individualrechten, welche bereits gegen den als Eigenthümer

Eingetragenen bestehen, oder inwiefern kann sich der Vorgemerkte auf den Glauben des Grundbuchs verlassen?"

Es ist dies die Frage nach der rechterzeugenden und zugleich rechtvernichtenden Wirkung der Vormerkung, die Lehre von dem Glauben des Grundbuchs angewendet auf die vorläufige Eintragung.

Wir stellen anheim, über den Begriff der Dinglichkeit zu denken, wie man wolle, und müssen nur im Interesse des Verständnisses der nachfolgenden Erörterungen Gewicht darauf legen, daß die drei formulirten Fragen festgehalten werden, denn sie sind der rothe Faden, an welchem die Betrachtungen aufgereiht werden.

## I. Die Vormerkung wegen eines Rechts, welches nicht in einem Geldanspruche besteht.

a) Altes Recht.

Die protestatio pro conservando jure der Hypothekenordnung wegen eines dinglichen Rechts, das nicht in einem Geldanspruche besteht, hatte nur die s. g. arrestatorische Wirkung, d. h. sie sicherte das vorgemerkte Recht nur gegen das Entstehen neuer Individualrechte. Die Behauptung ist unrichtig, daß sie auch die rechterzeugende, die eigentlich dingliche Wirkung gehabt habe. Es folgt dies schon daraus, daß, da die Protestation ein dingliches Recht voraussetzt, ihre Wirkung selbstverständlich nicht in ihrer Voraussetzung gefunden werden darf. Ferner erzeugte selbst die definitive Eintragung als Eigenthümer das dingliche Recht nicht, sondern setzte es voraus, indem der Erwerb des dinglichen Rechts durch die Eintragung nur beurkundet, nicht herbeigeführt wurde. Am allerwenigsten läßt sich also einer nur vorläufigen Einschreibung eine derartige Wirkung beilegen.

Daher bestimmt der § 298 Hyp.-O. II. 6:

„Der Effekt einer ingrossirten Protestation besteht darin, daß, so lange solche auf dem Grundstücke haftet, alle mit letzterem vorzunehmenden Dispositionen und darauf geschehenden Eintragungen dem Protestanten an seinem wirklichen Rechte nicht nachtheilig werden können."

Dies ist aber gerade der Effekt auch des Arrestes, und wenn der § 299 l. c. auch fortfährt:

„Wenn also der Protestant das streitige Realrecht durch richterliches Erkenntniß oder auf andere Weise wirklich behauptet,

so tritt dasselbe ipso jure an die Stelle, wo die Protestation eingetragen ist, und geht allen nachher ingrossirten Posten vor,"
so wird doch an dem gewonnenen Resultate nichts geändert, da das dingliche Recht bereits Voraussetzung der Protestation ist und selbst durch die definitive Eintragung nicht erworben wird.

Auch den Glauben des Grundbuchs wird der Protestant nicht für sich in Anspruch nehmen können, soweit man mit dem früheren preußischen Ober-Tribunale selbst in der definitiven Eintragung nicht den rechterzeugenden und rechtvernichtenden Akt erblickt, sondern den Eigenthumsübergang sich lediglich durch die Tradition vollziehen läßt. Die hinsichtlich dieses Punktes herrschende Kontroverse wird auch für die protestatio pro conservando jure maßgebend sein, da der Sinn der Worte des § 299: „so tritt dasselbe ipso jure an die Stelle, wo die Protestation eingetragen ist," offenbar dahin geht, daß in den materiellen[2]) Wirkungen definitive und vorläufige Eintragung einander gleich stehen sollen.

Selbstverständlich ist die zuletzt erörterte Frage von dem Glauben des Grundbuchs für die vorläufige Eintragung nur bei Rechten auf Gewähr der Eintragung aufzuwerfen, nicht bei Rückforderungsrechten, denn die letzteren stützen sich überhaupt nicht auf die Eintragung, sondern bekämpfen sie.

b) Neues Recht.

Auch die Vormerkung des neuen Rechts wegen eines Anspruchs, der nicht in Geld besteht, hat der Regel nach nur die sog. arrestatorische Wirkung, d. h. sie sichert nur gegen das Entstehen neuer Individualrechte. Es folgt dies zur Evidenz aus § 8 G.E.G., denn die Vormerkung soll nur dienen zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung oder auf Eintragung des Eigenthumsüberganges, und nach § 9 Abs. 3 soll sie nur gegen den Nachtheil aus dem künftigen Erwerb von Individualrechten seitens Dritter schützen. Die Stellung des Rechtes gegenüber den Obligationen des als Eigenthümer Eingetragenen wird durch die Vormerkung nicht geändert, und entspricht diese Ansicht auch allein dem Grundprinzipe des Gesetzes vom 5. Mai 1872, da das Eigenthum, das eigentlich dingliche Recht, nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthums-

[2]) In den formellen Wirkungen stehen sich allerdings definitive und vorläufige Eintragung niemals gleich, da die erstere eine formale Verfügungsbefugniß verleiht, die zweite nicht.

überganges erworben werden soll. Mit Recht sagt daher das Ober-Tribunal in der Entscheidung vom 5. Juli 1878 (Gruchot Bd. 23 S. 450):

„Der Zweck und die Wirkung der Vormerkung ist aber nach den Worten des Gesetzes nur die Erhaltung oder Sicherung des Rechts auf Auflassung. Dieses Recht selbst wird dadurch nicht verändert, es wird nur jedem künftigen Erwerber des Grundstücks oder sonst dinglich Berechtigten gegenüber erhalten und gesichert. Beruht es nun, wie hier, lediglich auf einer vertragsmäßigen Verpflichtung des eingetragenen Eigenthümers, so **bleibt** es auch dieses vertragsmäßige Recht auf Auflassung“ .....

Man kann den gewonnenen Rechtssatz auch so ausdrücken:

„Die Vormerkung schützt das Recht gegen die Entstehung selbst dinglicher Individualrechte, erhebt es selbst aber nicht zum dinglichen Recht, d. h. schützt es nicht gegen das Andringen der Obligationen des als Eigenthümer Eingetragenen.[3])

Wird daher ein bereits dingliches Rückforderungsrecht vorgemerkt, so kann der Rückforderungsberechtigte nicht bloß nach erlangter Eintragung die Löschung nach der Vormerkung eingetragener Konventionalhypotheken, Judikatshypotheken, Vormerkungen (Arrestprotestationen) fordern, sondern er kann auch als Intervenient auftreten, wenn das Grundstück von einem nachträglich eingetragenen oder persönlichen Gläubiger zur Subhastation gestellt wird, und kann in gleicher Weise als Vindikant das Grundstück aus dem Konkurse

---

[3]) Die Bemerkung bei **Dernburg** und **Hinrichs** S. 379 Note 7:

„Die Eintragung (der Vormerkung wegen eines jus ad rem) macht den Anspruch dinglich (?) nur bezüglich des G.B.-Objektes“ . . .

ist wohl nicht ganz klar, und noch weniger ist ersichtlich, welche Tragweite die Verfasser diesem Ausspruche geben wollen. Wahrscheinlich wollen sie aus dem Begriffe der Dinglichkeit nur die rechtsichernde Wirkung der Vormerkung folgern. Nach S. 379 soll sich die Wirkung nur nach dem klaren Inhalte der Vormerkung im einzelnen Falle bestimmen lassen, nach S. 381 soll alles auf die Intentionen der Parteien ankommen. Aber nach den Intentionen der Parteien läßt sich wohl nur der Umfang des vorgemerkten Rechts und die Frage beurtheilen, inwiefern das neu entstehende Recht ihm nachtheilig ist. Sonst kann bei Eintragung der Vormerkung die Absicht nur darauf gerichtet sein, daß dem vorgemerkten Rechte gegenüber ein Individualrecht nicht zur Entstehung gelangen solle, soweit es ihm schädlich ist.

des als Eigenthümer Eingetragenen ziehen. Das letztere ist aber, worüber man sich vor allen Dingen klar werden muß, nicht eine Wirkung der Vormerkung, sondern folgt aus dem vor der Vormerkung vorhandenen dinglichen Karakter des Rechts.

Wird also eine Vormerkung aus einem bloß persönlichen Rückforderungsrechte genommen, so ist es zwar ebenfalls richtig, daß der Rückforderungsberechtigte nach erlangter Eintragung die Löschung sämmtlicher nachträglichen Intabulate fordern kann, der Karakter des persönlichen Individualrechtes besteht aber darin, daß es sich beim Zusammentreffen mit der reinen Obligation selbst in einen Geldanspruch auflöst, und daraus folgt, daß der nur persönlich zur Rückforderung Berechtigte trotz der Vormerkung der ausgebrachten Subhastation als Intervenient überhaupt nicht widersprechen, auch im Konkurse des als Eigenthümer Eingetragenen als Vindikant nicht auftreten kann.

Wenn endlich derjenige, welcher aus einem Kaufvertrage bereits die Uebergabe erlangt hatte, eine Vormerkung eintragen läßt, so erwirbt er trotzdem kein dingliches Recht, weil die frühere Bedeutung der Tradition durch § 1 des G.E.G. aufgehoben ist und die Vormerkung nur rechtsichernde Bedeutung hat. Selbst der Besitzer aus einem rechtsgültigen Titel kann daher der Subhastation nicht widersprechen, welche ein nach der Vormerkung eingetragener oder persönlicher Gläubiger gegen den als Eigenthümer Eingetragenen ausgebracht hat, und im Falle des Konkurses wird das Grundstück trotz der Vormerkung zur Masse gezogen, und der bereits besitzende Käufer muß seine Entschädigungsforderung aus der Gewährleistung liquidiren. So hat auch schon das ehemalige preußische Ober-Tribunal erkannt, indem es in dem oben zitirten Erkenntnisse ausführt, daß die Eintragung einer solchen Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung den Widerspruch gegen die Subhastation des damit belasteten Grundstücks nicht rechtfertigen könne. Im praktischen Resultate ist dies eine enorme Abweichung vom früheren Rechte, dieselbe ist aber nicht in den abweichenden Wirkungen der Vormerkung, sondern vielmehr in der theilweisen Aufhebung der Wirkung der Tradition begründet.

Da die Vormerkung der Regel nach nur rechtsichernde Wirkung hat, folgt, daß der Vorgemerkte sich auf den Glauben des Grundbuchs nicht verlassen kann, daß die bereits gegen den als Eigenthümer Eingetragenen bestehenden dinglichen Individualrechte durch

sie nicht gebrochen werden. Derselben Ansicht scheinen Dernburg und Hinrichs (S. 382 Note 14) zu sein, indem sie bemerken:

> „Zur Anfechtung älterer Posten (vergl. § 28 Anm. 11) berechtigt ein jus ad rem nie" ....

Rückforderungsrechte und ältere Vertragsrechte gehen daher der Vormerkung vor wie nach vor, soweit nicht die etwa vorher bereits erfolgte Tradition diese Rechte vernichtet hat. Der § 9 Abs. 2 des G.E.G. steht nicht entgegen, denn er bezieht sich nur auf den grundbuchmäßigen Erwerb dinglicher Rechte seitens Dritter, und wäre es eine unzulässige Ueberspannung des Glaubens des Grundbuchs, wenn man annehmen wollte, daß sich jeder bloß persönliche Gläubiger oder persönlich Individualberechtigte auf den Glauben des Grundbuchs verlassen könnte.[4])

Auch die anomale Vormerkung des § 16 auf Grund eines bereits vorhandenen dinglichen Rechts hat zwar die rechtsichernde, aber jedenfalls nicht die eigentlich dingliche Wirkung. Der § 16 setzt wie der § 12 ein bereits vorhandenes dingliches Recht voraus, und so wird dieses nicht erst durch die Vormerkung erzeugt.

Eine andere Frage ist es aber, welche Wirkung eine derartige Vormerkung auf bereits gegen den als Eigenthümer Eingetragenen bestehende Individualrechte ausübt. Der zweite Absatz des § 16 verordnet, daß durch die Vormerkung der endgültigen Eintragung die Stelle in der Reihenfolge der Eintragungen gesichert werden solle, und dies bedeutet, wie wir schon in Betreff des § 299 Hyp.O. II. 6 ausgeführt haben, daß die vorläufige Eintragung der definitiven in materieller Beziehung gleich steht. Nimmt man daher an, daß der definitiv eingetragene Servitutberechtigte den Glauben des Grundbuchs für sich anrufen kann — und diese Ansicht wird nach § 9 Abs. 2 des G.E.G. richtig sein — so wird man ein gleiches Recht dem vorgemerkten Servitutberechtigten nicht absprechen können, d. h. es ist für ihn, guter Glaube vorausgesetzt, gleichgültig, ob demjenigen, gegen welchen die Vormerkung genommen ist, ein materielles Recht am Grundstück zusteht oder nicht. Dieser ganz prinzipwidrige Rechtseffekt — denn nach der Analogie des § 1 G.E.G. dürfte nur die definitive Eintragung das dingliche und selbständige Recht erzeugen — ist aber jedenfalls auf die Vormerkung wegen eines bereits

---

[4]) Anderer Auffassung ist Behrend (l. c. S. 124).

dinglich gewordenen Rechts zu beschränken, da von dieser der § 16 allein spricht. Der nachträglich durch das Herrenhaus eingeschobene § 16 enthält also eine doppelte Prinzipwidrigkeit, weil er der Vormerkung auf Grund eines jus ad rem nicht erwähnt, und den Abs. 2, der nur noch auf Vormerkungen wegen Geldansprüche paßt, hier aufgenommen hat.

Wir haben aber schon oben ausgeführt, daß nach Analogie des § 8 G.E.G. auch eine Vormerkung wegen eines Titels zum dinglichen Rechte zuzulassen ist. Die Wirkung derselben wird jedoch nicht nach dem anomalen § 16, sondern lediglich nach der Analogie der Vormerkung wegen eines Rechts auf Auflassung zu beurtheilen sein, d. h. sie wirkt rein arrestatorisch, verleiht dem vorgemerkten Recht nicht den eigentlich dinglichen Karakter und kann auf Grund des Glaubens des Grundbuchs nicht aufrecht erhalten werden.

## II. Die Vormerkung wegen eines titulirten Geldanspruchs.

a) Altes Recht.

Die protestatio pro conservando jure und die Vormerkung wegen eines Rechts, das nicht in einem Geldanspruche besteht, hat also der Regel nach nur arrestatorische Wirkung. Dagegen erzeugt die Protestation wegen eines Hypothekentitels zugleich das dingliche Recht. Es folgt dies aus dem § 417 A.L.R. I. 20, da die nachtheiligen Wirkungen des Widerspruchs gegen die definitive Eintragung durch die Protestation überhaupt beseitigt werden sollen, und aus § 299 Hyp.O. II. 6, da das protestativisch eingetragene Recht ipso jure an die Stelle treten soll, wo die Protestation eingetragen ist, und es allen nachher ingrossirten Posten überhaupt vorgeht. Die definitive Eintragung einer Hypothek hat ja auch nach altem Rechte nicht bloß die Bedeutung einer Beurkundung, sondern rechterzeugende Wirkung, und da nun hinsichtlich der materiellen Folgen protestativische und definitive Eintragung sich gleich stehen sollen, so folgt, daß auch die Protestation wegen eines titulirten Geldanspruchs ausnahmsweise das dingliche Recht, die Hypothek, erzeugt.

Daher gilt für eine derartige Protestation, als einen grundbuchmäßigen Erwerbsakt eines dinglichen Rechts, auch die Lehre vom Glauben des Grundbuchs, wie dies das preußische Ober-Tribunal in mannigfachen Entscheidungen anerkannt hat.

Diese Wirkung der Protestation ist aber eine ganz exzeptionelle, sie gilt nur für die Protestation, welche auf Grund eines Titels zur Hypothek gegen das Grundstück selbst ausgebracht wird, und z. B. nicht für Arreste auf Hypothekenkapitalien, mag ihnen auch ein Titel zu Grunde liegen.

Zugleich ergiebt sich aber hieraus, daß die dingliche Wirkung einer derartigen Einschreibung nicht daher stammt, daß sie eine protestatio pro conservando jure ist, sondern daß ein anderer Gesichtspunkt maßgebend gewesen sein muß. Dieser läßt sich aber nirgends anders finden, als in der Natur des zu Grunde liegenden Rechts, nämlich darin, daß es ein Geldanspruch ist. Es ist, wie wir schon wiederholt betont haben, ein durchaus zu billigendes gesetzgeberisches Prinzip, daß alle Eintragungen der 3. Abtheilung dingliche Wirkung haben, damit sie hintereinander rangiren, und die Realverhältnisse nicht in Verwirrung gerathen. Aus diesem Prinzipe heraus mußte man denn auch die Eintragung einer Arrestprotestation wegen des bloßen Geldanspruchs entweder überhaupt verbieten, wie dies u. E. in dem § 290 Hyp.=O. II. 6 geschehen ist, oder aber ihr die gleiche volle Wirkung beilegen.

b) Neues Recht.

Die Vormerkung wegen eines titulirten Geldanspruchs hat dieselbe volle Wirkung, wie die alte Protestation. Es folgt dies aus dem Abs. 3 des § 22, wonach durch die Vormerkung für die endgültige Eintragung die Stelle in der Reihenfolge der Eintragungen gesichert werden soll. Es kann daher die allgemeine Bemerkung von Behrend S. 120:

> „Die Beschaffenheit des vorgemerkten Rechts wird durch die Vormerkung nicht geändert“ . . .

als überall zutreffend nicht anerkannt werden. Sie gilt jedenfalls nicht von der Vormerkung des titulirten Geldanspruchs, da dieser erst durch die Vormerkung zum dinglichen Rechte erhoben wird.

## III. Die Vormerkung wegen des Geldanspruchs.

a) Altes Recht.

Da die Praxis die Arrestprotestation im Wesentlichen gegen das Gesetz eingeführt hat, lag ihr die schwierige Aufgabe ob, ihre Wirkungen ohne gesetzliche Basis zu bestimmen. Man hätte eigentlich einen Gegensatz zu den Wirkungen der protestatio pro con-

servando jure überhaupt finden müssen, da man zugab, daß die letztere wegen eines bloßen persönlichen Anspruchs in der Hypothekenordnung nicht zugelassen sei; da dies aber nicht möglich war, weil die protestatio pro conservando jure und die Arrestprotestation der Regel nach beide nur rechterhaltenden oder rechtsichernden Karakter hatten, begnügte man sich, einen Gegensatz zwischen der Arrestprotestation und der ganz exzeptionellen Protestation wegen eines titulirten Geldanspruches zu konstruiren. Aber auch an der Formulirung dieses Unterschiedes hat sich u. E. Theorie und Praxis nicht mit allzu großem Glücke versucht.

Man sagt zunächst: Die Protestation wegen eines titulirten Geldanspruches wirke, wie eine protestatio pro conservando jure, die Arrestprotestation nur arrestatorisch.

Rintelen (Johow IV. S. 303):

> „so läßt sich die Streitfrage kurz dahin ausdrücken, daß der 3. Senat dem eingetragenen Arreste die Natur und Wirkung einer protestatio de non disponendo, wogegen der 4. Senat ihr die Natur und Wirkung der protestatio pro conservando jure beilegt“.

Es wird aus diesem Ausspruche wenigstens so viel klar, daß Rintelen, als Anhänger des 3. Senats, der Arrestprotestation nicht die Wirkungen einer protestatio pro conservando jure zuschreibt. Da nun aber die letztere im Allgemeinen ebenfalls nur arrestatorische Bedeutung hat, so läßt sich gerade behaupten, daß die Protestation wegen eines titulirten Geldanspruchs die Wirkungen der gewöhnlichen protestatio pro conservando jure überschreite, daß die Arrestprotestation dies aber nicht thue und gerade deshalb eine eigentliche protestatio pro conservando jure, nämlich eine nur rechtsichernde Protestation sei, woraus dann vollständig klar wird, daß ihre Eintragung in der Hypothekenordnung überhaupt verboten sein muß.

Man behauptet ferner, die vorläufige Eintragung eines titulirten Geldanspruchs wirke positiv, der Arrest nur negativ.

Rintelen (Johow IV. S. 296):

> „Ihr (der protestatio pro conservando jure et loco) Zweck ist zunächst ein negativer . . . . dann aber und wesentlich ein positiver, die Sicherung des bereits vorhandenen dinglichen Rechts oder des Rechts zur Sache“.

Insbesondere betont auch der 3. Senat des Ober-Tribunals in

dem Erk. vom 10. Dezember 1873 (Entsch. Bd. 71 S. 111)[5]), daß die Arrestprotestation nur negative Wirkung habe. Aber es ist gar nicht zweifelhaft, daß auch die Arrestprotestation den zu Grunde liegenden und bereits vorhandenen Geldanspruch sichert, und dies ist wohl auch eine positive Leistung. Man kann von einer Sicherung des Anspruchs, allerdings auch von einer Verhinderung ihm nachtheiliger Verfügungen sprechen, das eine ist ein mehr positiver, das andere ein mehr negativer Ausdruck, und liegt so ein leeres Spiel mit Worten vor. Andererseits hat man nie ein Bedenken getragen, der protestatio pro conservando jure um deshalb positive Wirkung beizulegen, weil sie das Recht erhält und sichert, wie dies aus dem oben zitirten Ausspruche Rintelen's und § 298 Hyp.-O. II. 6 klar wird. Dies ist aber ganz dasselbe, was man bei der Arrestprotestation als negative Wirkung zu bezeichnen beliebt.

Man formulirt den Gegensatz ferner dahin: die vorläufige Einschreibung des titulirten Geldanspruchs habe bedingt dingliche Wirkung, der Arrest nicht. Dernburg und Hinrichs S. 351 Note 5:

> „Die Eintragung (sc. eines titulirten Geldanspruchs) gewährt also sofort ein bedingtes dingliches Recht, das gegen alle Welt wirksam wird und von fortdauernder Verfügungsberechtigung des Besitzers unabhängig ist."

Behrend S. 120:

> „Die Vormerkungen (im Sinne der alten protestatio pro conservando jure genommen) sind provisorische oder bedingte Eintragungen: d. h. sie stellen den Inhalt des Grundbuchs unter der Bedingung fest, daß das Recht auf die Sache oder das Recht zur Sache, zu dessen Schutz die Vormerkung dient, liquid werde."

Wir haben schon oben ausgeführt, daß von dem Erwerb eines bedingt dinglichen Rechts füglich nicht gesprochen werden kann, da die Wirkung der Vormerkung nicht von der Bedingung, sondern von der Voraussetzung abhängt, daß ihr ein materielles Recht zu Grunde liegt.

Ferner wird doch zugegeben, daß die Arrestprotestation den zu Grunde liegenden Anspruch sichert, nach einer Vorstellung der Theorie

---

[5]) Vgl. auch Erk. vom 25. Februar 1867 (Archiv Bd. 66 S. 231):
„Daß der eingetragene Arrest nur negativ wirke, keinen Titel zum dinglichen Rechte enthalte, kein Hypothekenrecht und auch kein Vorzugsrecht gebe."

soll aber gerade der Karakter des dinglichen Rechts im Wesentlichen darin liegen, daß er auch gegen Dritte Rechtswirkung hat. Der eingetragene Arrest scheint also auch einen Theil der Dinglichkeit abbekommen zu haben. Gerade in Folge dieser Unklarheit über den Begriff des dinglichen Rechts legt Turnau der Vormerkung des § 9 des G.E.G. dingliche Bedeutung bei, trotzdem sie nur die rechtsichernde Wirkung hat:

„Die Vormerkung hat dingliche Wirkung, der Anfechtungskläger kann seinen Anspruch gegen Jeden verfolgen, dessen Recht an dem Grundstücke erst nach Eintragung der Vormerkung erworben ist."

So wirkt aber auch die Arrestprotestation, und der Streit über die Natur des eingetragenen Arrestes dreht sich dann in der That nur um das Mehr oder Weniger der ihm beizulegenden dinglichen Wirkung.

Hiermit hängt die dahin aufgestellte Formulirung des Gegensatzes zusammen: Die vorläufige Einschreibung des titulirten Geldanspruches wirke wie die definitive Eintragung, der eingetragene Arrest nicht. Aber es ist weder wahr, daß die erstere die vollen Wirkungen der Eintragung habe, noch, daß der letztere gar keine Wirkung aus der Eintragung entlehne. Der definitiv eingetragene Hypothekengläubiger kann die Hypothek mit Rechtswirkung abtreten, auch wenn er kein materielles Recht hat, dem vorläufig Eingetragenen steht eine gleiche Befugniß in keinem Falle zu. Die vorläufige Eintragung kann überhaupt nur die materiellen, niemals die formalen Wirkungen der Eintragung haben. Andererseits hat die Arrestprotestation insofern die Wirkung der definitiven Eintragung, als sie sich gegen jeden Erwerber des Grundstücks im guten oder schlechten Glauben durchsetzt. Auch hier dreht sich der Streit nur um das Mehr oder Weniger der Wirkungen, welche man der Arrestprotestation aus der definitiven Eintragung beilegen will.[6])

---

[6]) Bei der nachstehenden Auseinandersetzung ist folgende Reihenfolge beobachtet:

a) Auffassung des Pr. 1135,
b) „ „ 3. Senats des Ober-Tribunals,
c) „ „ 4. „ „ „
d) eigene Auffassung.

Hiernach sind auch später die einzelnen Fälle besprochen.

Wir wenden uns nunmehr zu der Formulirung des Gegensatzes, wie sie in der preußischen Praxis auf Grund des Präjudiz 1135 aufgestellt ist. Dasselbe bestimmt die Wirkung der Arrestprotestation in folgenden Worten:

„Wenn auch eine im Wege des Arrestes wegen einer persönlichen Forderung eingetragene Protestation de non amplius intabulando in der Natur des dadurch sicher gestellten Anspruchs an sich nichts ändert und diesem weder ein Hypothekenrecht noch überhaupt ein Vorzugsrecht erwirbt (A.G.O. I. 29 § 87), wenn auch eine solche Protestation fernerweite Eintragungen und Arrestschläge nicht hindert (A.L.R. I. 20 § 429), so ist doch nach den §§ 81, 83 A.G.O. I. 29, wie oben ausgeführt worden, jede dieser späteren Intabulationen in Ansehung des Protestanten unwirksam und steht seiner Befriedigung aus der verkümmerten Sache in keiner Weise entgegen, so daß der erst später auf eben dies Grundstück eingetragene Hypothekengläubiger bei eintretender Unzulänglichkeit der ihm zur Hypothek verschriebenen Sache zum Nachtheil des Arrestanten von seinem Hypothekenrechte keinen Gebrauch machen kann."

Dies ist das einzige prätorische Gesetz über die Wirkung der Arrestprotestation und ist von der Praxis als solches stets anerkannt, indem seine Bestimmungen auf diese oder jene Weise interpretirt werden.

Leider enthalten nun die Entscheidungsgründe des Präjudiz, durch welches die Arrestprotestation eingeführt ist, schon einen logischen Widerspruch, denn wenn jede spätere Intabulation (und damit sind nach dem Wortlaute alle Arten von Eintragungen, Konventional- und Judikatshypotheken, ja selbst Arrestschläge gemeint) in Ansehung des Protestanten unwirksam sein und seiner Befriedigung aus der verkümmerten Sache in keiner Weise entgegenstehen soll, wenn damit selbst eine verhältnißmäßige Befriedigung aller späteren Intabulate ausgeschlossen ist, so wird der Arrestant eben vor den nacheingetragenen Intabulaten befriedigt und hat ein Vorzugsrecht vor denselben. In der That sind denn auch die beiden Fälle, welche das Präjudiz im Auge hatte, so entschieden, daß dem Arrestanten ein Vorzugsrecht eingeräumt ist. In dem ersten Falle war ein Arrest wegen rückständiger Kaufgelder eingetragen, nachher eine Judikatshypothek. Vor Umschreibung des Arrestes war Konkurs

über das Vermögen des als Eigenthümer Eingetragenen ausgebrochen, und wurde nun zwar die Judikatshypothek in der 3. Klasse angesetzt, der Arrestant in der 6., zugleich aber wurde bestimmt, daß die Befriedigung der Judikatshypothek in der 3. Klasse nur soweit zu erfolgen habe, als dies ohne Nachtheil der in der 6. Klasse angesetzten Kapitalsforderung des Arrestgläubigers geschehen könne. Dies hatte dann zur Folge, daß der Arrestant vor der nacheingetragenen Judikatshypothek befriedigt, diese zurückgedrängt wurde, beide aber mit ihrem etwaigen Ausfalle bei der Kaufgeldermasse als Konkursgläubiger mit den ihnen an sich zustehenden Vorzugsrechten zu rangiren hatten. Der 3. Senat des Ober-Tribunals sucht zwar in dem Erkenntnisse vom 10. Dezember 1873 (Entsch. Bd. 71 S. 108) das dem Arrestanten unzweifelhaft zugesprochene Recht auf vorzugsweise Befriedigung daraus herzuleiten, daß ihm wegen seiner Forderung an rückständigen Kaufgeldern so wie so ein Vorzugsrecht vor der der Judikatsforderung unterliegenden persönlichen Forderung zugestanden habe, diese Auffassung des Präjudizes muß aber als eine irrthümliche bezeichnet werden. Das Präjudiz selbst erwähnt des den rückständigen Kaufgeldern als solchen zustehenden Vorzugsrechtes mit keinem Worte und folgert nicht hieraus, sondern aus der eingetragenen Arrestprotestation die vorzugsweise Befriedigung des Arrestanten. Auch hätte der Arrestant gerade wegen seines Vorzugsrechtes in der 6. Klasse bleiben müssen, weil ihm nur ein derartiges Vorzugsrecht zustand; daß er in die 3. Klasse eindringt und, soweit die Kaufgeldermasse zureicht, mit dem Vorzugsrechte vor den postlozirten Hypotheken, den Gläubigern der 4. und 5. Klasse befriedigt wird, ist eben nur aus der eingetragenen Arrestprotestation zu folgern.

Der zweite Fall, den das Präjudiz im Auge hat, ist der, daß erst ein Arrest wegen eines Geldanspruchs, nachher andere Arreste eingetragen waren, deren demnächstige Umschreibung in Judikatshypotheken bereits erfolgt war, als die Subhastation des Grundstücks ausgebracht wurde. Auch hier ist dem Arrestgläubiger gerade im Gegensatz zu der damals schon vom 3. Senat aufgestellten Ansicht durch das Präjudiz das Vorzugsrecht vor den Judikatshypotheken eingeräumt, und kann hier keine Rede davon sein, daß dies geschehen sei wegen des dem Arrestgläubiger an sich zustehenden Vorzugsrechtes.

Darüber dürfte u. E. ein Zweifel nicht obwalten, daß die

praktischen Entscheidungen, welche das Präjudiz im Auge hatte, im Resultate dem Arrestgläubiger das Vorzugsrecht vor sämmtlichen späteren Intabulaten eingeräumt haben, die beiden theoretischen Sätze des Präjudizes dagegen, daß der eingetragene Arrest kein Vorzugsrecht begründe, daß aber die späteren Intabulationen seiner Befriedigung in keiner Weise entgegenstehen, sind logisch unvereinbar. Will man den logischen Widerspruch vermeiden, so müßte man das Präjudiz dahin interpretiren, daß die beiden sich widersprechenden Sätze sich gegenseitig bedingen, daß der eingetragene Arrest zwar im Allgemeinen kein Vorzugsrecht giebt, auch im Allgemeinen nicht die Wirkung der definitiven Eintragung hat, aber doch soweit, daß die späteren Intabulationen seiner Befriedigung in keiner Weise entgegenstehen. Da nun freilich zwischen den Intabulationen kein Unterschied gemacht ist, also darunter Konventional- und Judikatshypotheken, ja nach dem ausdrücklichen Wortlaute sogar neue Arrestschläge zu verstehen sind, da ferner zu erwägen ist, daß der nacheingetragene Gläubiger doch jedenfalls mehr Recht haben muß, als ein dritter bloß persönlicher Gläubiger, so ist kaum abzusehen, wo das Vorzugsrecht des Arrestanten nicht zur Geltung kommen sollte. Die Regel wird anscheinend durch die Ausnahme beseitigt. Durchaus unrichtig nimmt daher der 3. Senat des Ober-Tribunals das Präjudiz ausschließlich für seine Meinung in Anspruch; es ist karakteristisch, daß gerade durch das Präjudiz die Ansicht des damaligen 3. Senats reprobirt wurde, eine andere Frage ist es freilich, ob nicht bereits das Präjudiz die rechtliche Natur des Arrestes verkennt.

Auf Grund dieses prätorischen Gesetzes mußte sich naturgemäß eine zwiespältige Rechtsauffassung entwickeln.

Der 3. Senat des Ober-Tribunals hält den ersten Satz des Präjudizes fest, daß die Arrestprotestation weder ein Hypothekenrecht noch überhaupt ein Vorzugsrecht begründe, und kommt dabei zu Resultaten, die dem 2. Satze des Präjudizes und den praktischen Entscheidungen desselben widersprechen. Der 4. Senat legt alles Gewicht auf den zweiten Satz des Präjudizes, daß die späteren Intabulationen der Befriedigung des Arrestgläubigers in keiner Weise entgegenstehen, und kommt schließlich in seiner Auffassung dahin, dem eingetragenen Arreste sämmtliche materiellen Wirkungen der Eintragung beizumessen.

Der 4. Senat giebt dabei eine Reihe besonderer Rechtsgründe, die zu würdigen uns hier obliegt.

Er behauptet zunächst eine Gleichstellung der Protestation wegen eines titulirten Geldanspruches und der Arrestprotestation:

Erk. vom 23. März 1854 (Strieth. Arch. Bd. 13 S. 43):

„Es ist damit (durch die Sätze des Präjudizes) der Schutz des Protestanten dem später eingetragenen Hypothekengläubiger gegenüber und sein Recht anerkannt, aus dem Werthe des Grundstücks seine Befriedigung zu verlangen, ohne daß ihn der später intabulirte Hypothekengläubiger irgend wie daran zu hindern oder gegen ihn ein anderweites in der Natur seiner Forderung und abgesehen von dem Hypothekenrechte begründetes Vorzugsrecht geltend zu machen vermag."

Eben so wie hier wird in der Entscheidung vom 24. Juni 1852 (Arch. Bd. 7 S. 33) direkt aus dem Präjudiz 1135 argumentirt,

Erk. vom 5. Oktober 1854 (Arch. Bd. 13 S. 380)
" " 3. März 1857 (Entsch. " 35 " 211)
" " 15. Dezbr. 1868 (Arch. " 73 " 175)

„so ist einer solchen im Wege des Arrestes erfolgten Eintragung der Protestation eine gleiche Wirkung, wie derjenigen Protestation, deren Eintragung im Wege der Exekution stattgefunden hat, beizulegen."

Es wird ferner davon gesprochen, daß der traditionelle Unterschied zwischen den beiden Arten der Protestation (de non disponendo und pro conservando jure et loco) nicht dem Gesetze, sondern der Doktrin angehöre, und daß derselbe durch die Gesetzgebung von 1834 wesentlich alterirt sei.

Diesem Argument gegenüber hat man mit Recht auf den § 290 Hyp.=O. II. 6 hingewiesen; denn wenn die Arrestprotestation schon an sich jeder gesetzlichen Basis entbehrte, so ist es noch ungesetzlicher, ihr die vollen und exzeptionellen Wirkungen der Protestation wegen eines titulirten Geldanspruchs beizulegen. Gegen das Gesetz verstieß vor der Hypothekennovelle zwar jede Meinung, welche die Arrestprotestation wegen eines Geldanspruchs zuließ, der 4. Senat offenbar aber in erhöhtem Maßstabe.

Der 4. Senat führt ferner aus, daß der Titel doch wenigstens durch das vollstreckbare Erkenntniß gewonnen und ergänzt werde.

Erk. vom 6. Januar 1853 (Arch. Bd. 8 S. 161):

„Der Arrest hat nun den entschiedenen Karakter einer exekutivischen Maßregel angenommen."

Erk. vom 5. Oktober 1854 (Arch. Bd. 13 S. 384):

„mithin ein eintragungsfähiger Titel des dinglichen Rechtes für die vorläufig geschehene Eintragung jetzt durchaus nicht fehlt."

Erk. vom 3. März 1857 (Entsch. Bd. 35 S. 211):

„Diese hypothekarische Eintragung muß die Wirkung jeder anderen haben, sobald der hypothekarische Titel dasjenige ergänzt, weshalb sie nur protestativisch eingetragen wurde."

Das Erkenntniß vom 15. Dezember 1868 (Arch. Bd. 73 S. 175) legt darauf als besonders entscheidend Gewicht, daß die Eintragung in der 3. Abtheilung erfolgt sei.

Hiernach müßte man eigentlich zu der Ansicht geführt werden, daß erst der hinzukommende Titel das entscheidende Moment bilde, durch welches das vollkommene Hypothekenrecht erworben werde. Diese Ansicht ließe sich nun auch von einem anderen Gesichtspunkte aus rechtfertigen. Jedenfalls wird der vorläufigen Eintragung durch die vollstreckbare Entscheidung ein Titel zur Hypothek untergeschoben, und es wäre, könnte man meinen, eine nutzlose Formalität, wenn man den Kläger zwänge, nunmehr trotz des bereits eingetragenen Arrestes noch einmal eine Protestation wegen des erlangten Titels auszubringen, zumal wenn die Arrestprotestation schon in der 3. Abtheilung intabulirt ist. Aber in Grundbuchsachen kommt Alles gerade auch auf die Form an, es steht einmal grundbuchmäßig fest, daß die Protestation im Wege des Arrestes eingetragen ist, und hieran kann der außerhalb des Grundbuchs erworbene Hypothekentitel nichts ändern, zumal man sonst den Erwerb der Hypothek außerhalb des Grundbuchs zulassen würde. Auch würden die praktischen Entscheidungen noch komplizirter werden, wenn man das Vorzugsrecht vor den bis zur Erlangung des Titels erfolgten Intabulationen nicht, wohl aber vor den nachher eingetragenen Hypotheken anerkennen wollte.

Aber so hat der 4. Senat das Rechtsverhältniß auch nicht aufgefaßt, indem er die Wirkungen auf den Moment der Arrestanlegung zurückdatirt. Er thut dies in der Erwägung, daß die Arrestanlegung in Aussicht des zu erwerbenden Titels geschehe, und überhaupt eine

antizipirte Exekution sei[7]) (vgl. Entsch. vom 15. Dezember 1868, Arch. Bd. 73 S. 175). Aber ein in Aussicht stehender Titel ist noch kein vorhandener Titel, und nur auf Grund eines solchen kann die Eintragung einer Hypothek erfolgen, und wenn es nun ferner richtig ist, daß nach den Grundsätzen der A.G.O. die Beschlagnahme im Wege der Exekution und im Wege des Arrestes einen Titel zum Pfandrecht nicht giebt, und der § 22 Verord. vom 4. März 1834 nur eine exzeptionelle Bestimmung für die Beschlagnahme von Immobilien im Wege der Exekution enthält, so folgt wohl, daß die Arrestanlegung noch den allgemeinen Bestimmungen unterliegt.

Darin hat der 3. Senat des Ober=Tribunals unzweifelhaft Recht, daß, da die Hypothekenordnung die Arrestprotestation überhaupt nicht kennt, man sie, wenn sie einmal zugelassen wird, in möglichst engem Anschlusse an ein anderes Rechtsinstitut konstruiren muß, und dies können nur die Bestimmungen der Gerichtsordnung über den Mobiliararrest sein. Beide Sätze des Pr. 1135, daß die Arrestprotestation überhaupt kein Vorzugsrecht begründe, und daß die späteren Intabulationen ihr in keiner Weise entgegenstehen, sind aber danach unrichtig. Der § 81 A.G.O. I. 29 bestimmt, daß ein rechtmäßig angelegter Arrest die Wirkung habe, daß sowenig der Eigenthümer, als der Inhaber der veräußerten Sache sich darüber irgend einer für den Arrestanten nachtheiligen Disposition anmaßen darf, der § 83, daß, wenn eine mit Arrest belegte Sache von dem Eigenthümer oder Inhaber veräußert oder verpfändet wird, diese Handlung, wenn in der Folge der Arrest für gerechtfertigt erklärt worden sei, in Ansehung des Arrestanten null und nichtig sei. Daraus folgt doch, daß der Arrest nicht bloß ein Vorzugsrecht vor den später entstehenden dinglichen Rechten und Individualrechten begründet, sondern sogar, daß sie ihm gegenüber und soweit sie ihm schädlich sind, gar nicht entstehen können. Ebensowenig richtig ist der zweite Satz des Pr., daß die späteren Verfügungen und entstehenden Rechte der Befriedigung des Arrestanten in keiner Weise entgegenstehen. Der

[7]) Auch Erk. vom 3. März 1857 (Entsch. Bd. 35 S. 211). So wohl auch Behrend l. c. S. 123:

> „Der auf ein Grundstück wegen einer Forderung ausgebrachte Arrest muß mithin für den Fall der Justifizirung und der Beibringung eines vollstreckbaren Titels auch die Möglichkeit gewähren, eine Judikatshypothek mit dem Rechte und Range eintragen zu lassen, wie wenn sie bereits zur Zeit der Arrestanlegung eingetragen worden wäre."

§ 87 A.G.O. I. 29 bestimmt, daß der Arrestschlag unter mehreren Gläubigern kein Vorzugsrecht begründet, und daraus folgt, daß der Arrest nicht sichert gegen das Andringen bereits bestehender oder erst entstehender Geldansprüche. Hiernach sichert also der Arrest gegen das Entstehen neuer Individualrechte, insbesondere aus Verfügungen des Arrestaten, nicht aber gegen das Andringen der Obligationen, und da der Glaube des Grundbuchs nur für den Erwerb eigentlich dinglicher Rechte gilt, kann sich der Arrestant auf den Glauben des Grundbuchs nicht verlassen.

Aber auch bei dieser Auffassung sind wir genöthigt, eine Wirkung aus der Eintragung für den eingetragenen Arrest zu vindiziren, nämlich die, daß er gegen Dritte wirkt ohne Berücksichtigung des Umstandes, ob der Erwerber von dem Arrestschlage Wissenschaft gehabt hat. Es widerspricht dies der Bestimmung des § 83 l. c. und findet seine Rechtfertigung lediglich aus der Eintragung, woraus sich dann freilich ergiebt, daß zwar die Analogie des Mobiliararrestes zur Anwendung zu bringen ist, daß dies aber nur eine analoge Anwendung bleibt, und daß die Bestimmungen der Gerichtsordnung nicht direkt für die Arrestprotestation gegeben sind.

Bei der Beurtheilung der einzelnen Fälle muß man aber zwei Gesichtspunkte festhalten, auf die wir hier schon im Allgemeinen aufmerksam machen wollen.

1. Der Arrest ergreift das Grundstück nur in Höhe der Forderung, wegen welcher er ausgebracht ist. Es gilt dies auch für den Mobiliararrest, denn nach dem Verkauf der arrestirten Sache kann der Arrestant nur wegen seiner Forderung Befriedigung suchen, während der Ueberschuß an den Arrestaten ausgezahlt wird, auch folgt dies aus der analogen Anwendung des § 69 A.G.O. I. 24 und des § 11 der Verord. vom 4. März 1834. Daher steht nichts entgegen, daß unbeschadet des Arrestes neue Konventional- oder Judikatshypotheken oder Arreste eingetragen und daß aus ersteren dingliche Rechte erworben werden, wie dies auch im Pr. 1135 anerkannt ist:

> „wenn auch eine solche Protestation fernerweite Eintragungen und Arrestschläge nicht hindert."

2. Wenn Jemand hinter einer Arrestprotestation eine Konventional- oder Judikatshypothek oder eine neue Arrestprotestation eintragen läßt, so ist darin ein Beitritt zu dem früher ausgebrachten Arreste noch nicht zu erblicken. Auch was die Mobilien anbetrifft,

bedarf der Beitritt zu einem bereits ausgebrachten Arrestschlage einer besonderen Erklärung. An sich rangiren die Eintragungen der 3. Abtheilung nach der Reihenfolge, ein dem Arreste schädliches dingliches Recht kann überhaupt nicht entstehen; wenn daher ein Gläubiger gerade ein dingliches Recht eintragen läßt, ist unmöglich anzunehmen, daß er damit der Arrestprotestation beitreten wolle, sondern vielmehr, daß er das Hypothekenrecht erwerben wolle, unbeschadet der Arrestprotestation, wie ihm dies gesetzlich freisteht. Der ihm zugleich zustehende persönliche Anspruch ist nicht von Amtswegen zu berücksichtigen, sondern es muß dem Gläubiger anheimgestellt bleiben, wegen desselben der Arrestprotestation beizutreten. Auch kann der Beitritt gemäß § 46 A.L.R. I. 20 nur soweit Berücksichtigung finden, als der nacheingetragene Hypothekengläubiger bei seinem Liquidat einen Ausfall erleiden würde. Es folgt dies auch aus der Analogie des § 247 Abs. 2 der früheren preuß. Konkurs-Ordnung, wonach die ausgefallene Summe schließlich den Antheil bestimmt, mit welchem der Realgläubiger bei Vertheilung der Konkursmasse berücksichtigt wird.

Um den Widerstreit der Meinungen klar zu legen, die inneren Widersprüche der einzelnen Entscheidungen aufzudecken, auch die Unbrauchbarkeit des ganzen Rechtsinstitutes zu erkennen, sondern wir nunmehr die einzelnen Fälle.

### Verhältniß der Arrestprotestation zu dem später entstehenden Individualrecht und den später oder früher entstandenen Obligationen des als Eigenthümer Eingetragenen.

Nach der Eintragung der Arrestprotestation hat der Arrestat das Grundstück veräußert und an einen Dritten aufgelassen. Sämmtliche Ansichten gehen dahin, daß die Veräußerung dem Arrestanten unschädlich ist. Er kann das Grundstück zur Subhastation stellen, wird aus den Kaufgeldern wegen seiner Forderung befriedigt, und erst der etwaige Ueberrest wird an dem neuen Erwerber abgeführt.

Doch ließe sich die Richtigkeit selbst dieser Entscheidung auf Grund der Maxime des 3. Senats, daß der Arrest überhaupt kein Vorzugsrecht begründe, in Zweifel ziehen. Offenbar wird ja bei der getroffenen Entscheidung die Arrestprotestation dem dinglichen Rechte des neuen Erwerbers vorgezogen. Außerdem hat dieser einen per-

sönlichen Anspruch auf Gewähr und namentlich einen Anspruch auf Befreiung des Grundstücks von dem Arreste, der dem Werthe nach der im Wege des Arrestes eingetragenen Forderung gleich steht. Da nun der Arrest ein Vorzugsrecht nicht begründen soll, könnte man zu der Meinung geführt werden, daß der Arrestgläubiger nur die Hälfte seines Liquidats erhalten dürfe. Nach unserer Auffassung kann dem Arreste gegenüber das dingliche Recht des Erwerbers überhaupt nicht zur Entstehung kommen, es ist daher selbstverständlich dem Arrestgläubiger bei seiner Befriedigung unschädlich, seinen persönlichen Gewährleistungsanspruch hat der Erwerber erst einzuklagen, und bleibt ihm anheimgestellt, demnächst der Arrestprotestation beizutreten, soweit dies noch möglich sein wird.

Der wichtigste Fall ist der, daß die Arrestprotestation mit späteren Eintragungen der 3. Abtheilung oder mit Geldansprüchen zusammentrifft. Zunächst setzen wir also den Fall, daß hinter dem Arreste mehrere Konventionalhypotheken eingetragen sind. Hier ist gemäß des Präjudizes 1135 dahin zu entscheiden, daß dem Arrestgläubiger das Vorzugsrecht einzuräumen ist, da ihm die späteren Intabulationen in keiner Weise entgegenstehen sollen, und diese Entscheidung hat die Praxis trotz der aufgestellten Maxime, daß der Arrest kein Vorzugsrecht giebt, stets akzeptirt. Auch der 3. Senat normirt die Wirkungen des Arrestes dahin (Erk. vom 13. September 1861, Arch. Bd. 43 S. 63), daß der Schuldner durch solche Verfügungen also dasselbe (das Grundstück) nicht mehr dem entziehen kann, daß aus demselben die Forderung, für welche der Arrest verhängt ist, berichtigt werde, daß die Berichtigung dieser Forderung aus diesem Grundstücke die später mit diesem von demselben Schuldner bestellte Hypothek nicht hindern könne. Die theoretischen Anhänger des 3. Senats sind gleicher Auffassung, den offenbaren Widerspruch gegen ihre Maxime glauben sie durch die Betrachtung verhüllen zu können, daß der Arrestant dem allerdings vorher anzusetzenden Hypothekengläubiger den zu seiner Befriedigung dienenden Theil der Kaufgelder wieder vorweg nähme.[8]) Es ist dies ein offenbares Scheinmanöver, das sich übrigens auch schon in dem Präjudiz 1135

[8]) Das Appellationsgericht zu Naumburg scheint denn auch dem Arrestgläubiger nicht einmal das Vorzugsrecht vor den Konventionalhypotheken zugestehen zu wollen (Besch. vom 3. Dezember 1875, Johow IV. S. 167):

„Danach kann die Eintragung der erstrittenen Forderung (des Arrestgläubigers)

angewendet findet, wo der Arrestant nominell in der 6. Klasse angesetzt wird, dann aber in der 3. Klasse den postlozirten Hypothekengläubigern den Theil, der zu seiner Befriedigung nothwendig ist, wieder vorweg nimmt. Ja, glaubt man dieses Manöver auch für den Fall des Konkurses, welche Eventualität das Präjudiz gerade im Auge hat, in Szene setzen zu müssen, so würde die Wirkung des Arrestes gerade davon bedingt sein, daß der Arrestat seiner gesetzlichen Verpflichtung entgegen Konventionalhypotheken hat eintragen lassen und zwar in gleicher Höhe mit dem Arreste. Denn nur dann käme er in die dritte Klasse und gewönne erst durch die nachträgliche Hypothekenbestellung ein Vorzugsrecht vor den Konventionalhypotheken und damit zugleich vor den persönlichen Gläubigern.

Dagegen steht die Entscheidung mit den allgemeinen Grundsätzen des 4. Senats im Großen und Ganzen im Einklang. Nimmt man allerdings an, daß der Arrestgläubiger erst durch das Judikat das Vorzugsrecht erwerbe, so würde ihm dasselbe gegenüber den Hypothekengläubigern, welche vor diesem Zeitpunkte, aber nach der Arrestprotestation eingetragen sind, nicht zustehen. In seinen Entscheidungen hat aber der 4. Senat diese Unterscheidung nicht gemacht und legt so praktisch dem Judikat stets rückwirkende Kraft bei. In dem Falle des Erkenntnisses vom 3. März 1857 (Entsch. Bd. 35 S. 212) war die Arrestprotestation am 19. Mai 1851 eingetragen, eine Konventionalhypothek an demselben Tage jedoch hinter dem Arreste; das über die Arrestforderung entscheidende Erkenntniß war, wie auch nach der Sachlage selbstverständlich, nachher ergangen, trotzdem ist dem Arrestgläubiger das Vorzugsrecht beigelegt, und der späteren Zeit des Judikats kein Gewicht beigemessen.[9])

---

vor den inzwischen eingetragenen Hypotheken nicht (!) ohne Einwilligung dieser Gläubiger erfolgen."

Es widerspricht diese Auffassung dem Pr. 1135 durchaus. Das Ostpreußische Tribunal (Johow 8 S. 229) fordert die Einwilligung der postlozirten Gläubiger, weil ihm die Bedeutung des Arrestes gegenüber den postlozirten Gläubigern zweifelhaft erscheint.

Nimmt man nun aber wirklich an, daß der Arrestgläubiger mit den nacheingetragenen Konventionalhypotheken zu gleichen Rechten rangirt, so gelangt man zu dem eigenthümlichen Resultate, daß der Arrestgläubiger immer weniger bekommt, je mehr Forderungen eingetragen werden, je mehr der Arrestat der ihm auferlegten Beschränkung entgegen handelt.

[9]) Vgl. auch die Entscheidungen des 4. Senats vom 31. Mai 1850 (Entsch.

Nach unserer Auffassung ist der gegebene Fall dahin zu beurtheilen: Die Hypothek besteht aus zwei Theilen, dem dinglichen Individualrechte, welches eingetragen ist, und dem persönlichen Anspruche des Hypothekengläubigers gegen das Vermögen seines Schuldners, welcher als solcher gar nicht eingetragen sein kann. Die Arrestprotestation wirkt selbstverständlich nur in Höhe der Arrestforderung, und daher kann unbeschadet derselben allerdings die Hypothek mit Rechtswirkung eingetragen werden. Zum Schaden des Arrestanten kann aber das dingliche Recht überhaupt nicht zur Entstehung kommen. Im Kaufgelderbelegungstermin wird ferner die persönliche Forderung des Hypothekengläubigers von Amtswegen überhaupt nicht liquidirt; soweit ihm eine solche zusteht, hat er sie erst einzuklagen und muß dann dem Arreste beitreten. Aber auch nur soweit wird er sich auf den Beitritt zum Arreste stützen können, als er mit seiner Liquidation aus dem dinglichen Rechte einen Ausfall erleidet, wie dies oben bereits ausgeführt ist. Hiernach kommt man zu dem praktischen Resultate, daß die Liquidate nach der sich aus dem Hypothekenbuche ergebenden Reihenfolge aufzustellen sind, die ausfallenden Hypothekengläubiger wegen ihres persönlichen Anspruchs der Arrestprotestation beigetreten sein müssen, und nur wegen ihres Ausfalles mit dem Arrestgläubiger die auf die Arrestprotestation entfallende Summe pro rata sich theilen. Daraus ergiebt sich denn auch ferner, daß die Umschreibung der Arrestprotestation vorzunehmen ist, so lange ein Beitritt wegen eines persönlichen Gläubigerrechts noch nicht erfolgt ist.

Nunmehr ist der Fall zu betrachten, daß hinter der Arrestprotestation Judikatshypotheken eingetragen sind.

Das Präjudiz 1135 hat auch hier dem Arrestgläubiger das volle Vorzugsrecht eingeräumt. Dasselbe spricht von allen späteren Intabulationen überhaupt und ordnet allgemein an, daß sie der Befriedigung des Arrestanten aus der verkümmerten Sache in k e i n e r

---

Bd. 19 S. 218), wo ein Arrest und nachher eine Konventionalhypothek mit früher entstandenem Titel eingetragen war, und vom 24. Juni 1852, wo der Arrest unterm 3. Februar 1847 eingetragen und unterm 19. Dezember 1848 umgeschrieben, inzwischen aber eine Hypothek eingetragen war.

Vgl. ferner Entsch. vom 5. Oktober 1854 (Str. Arch. Bd. 13 S. 380 und ferner Bd. 7 S. 33). Stets ist dem Arrestgläubiger ohne Unterschied das Vorrecht von den nacheingetragenen Hypotheken zugesprochen.

Weise entgegenstehen. Dazu kommt, daß es sich in beiden Fällen, die das Präjudiz im Auge hat, um Judikatshypotheken handelt.

In dieser Beziehung ist nun aber das prätorische Recht des Präjudiz 1135 durch die Maxime, daß der Arrest kein Vorzugsrecht begründe, vom 3. Senat des Ober-Tribunals (Erk. vom 10. Januar 1873, Entsch. Bd. 71 S. 108) und vom Reichsgerichte (Erk. vom 22. November 1879, Gruchot Bd. 24 S. 97) wieder aufgehoben. Es ist die gleiche Befriedigung des Arrestgläubigers und der nachfolgenden Judikatshypotheken nach Verhältniß ihrer Liquidate angeordnet, d. h. für Konventionalhypotheken ist die volle Konsequenz der Maxime, daß der Arrest kein Vorzugsrecht begründe, nicht gezogen, für die Judikatshypotheken ist dies geschehen, trotzdem das Ober-Tribunal sonst wiederholt den Grundsatz ausgesprochen hat, daß die Judikatshypothek nach Analogie der Konventionalhypothek zu beurtheilen sei.

Ein durchgreifender Grund für diese Unterscheidung, welche die Realverhältnisse der 3. Abtheilung des Grundbuchs noch mehr verwirrt, scheint uns nicht vorzuliegen.

Man könnte sich darauf berufen wollen, daß der Arrest nur gegen Verfügungen des Arrestaten schützen solle, also nicht gegen eine Judikatshypothek, die ohne sein Zuthun eingetragen wird. So heißt es bei Schultze (Gruchot Bd. 15 S. 726):

> „.... es haben dem Arreste vermöge seiner nur faktischen (?) Einwirkung auf das Grundstück bloß diejenigen vor der Umschreibung intabulirten Gläubiger zu weichen, welche sich auf eine dem Arrestanten nachtheilige Disposition des Besitzers gründen."

Aber der Grund beweist an sich zu viel. Denn wenn der Arrest die Entstehung der Judikatshypothek überhaupt nicht verhindern würde, müßte ja die Judikatshypothek als dingliches Recht vor der Arrestprotestation liquidirt werden, dies will aber weder der 3. Senat des Ober-Tribunals noch das Reichsgericht, vielmehr scheinen auch sie darin einig zu sein, daß das dingliche Recht der Judikatshypothek gegenüber der Arrestprotestation nicht entstehen kann. Es folgt die Richtigkeit des Grundsatzes, daß ein dem Arrest schädliches Individualrecht überhaupt nicht entstehen kann, auch aus der Analogie des Mobiliararrestes, denn die §§ 81, 83 A.G.O. I. 29 schließen nicht bloß die Dispositionen des Arrestaten aus, sondern verhindern auch, daß ein Dritter zum Nachtheile des Arrestanten

mit der verkümmerten Sache etwas vornehme, zumal wenn er die Anlegung des Arrestes, wie dies bei der eingetragenen Arrestprotestation immer der Fall ist, kennen muß. Auch der § 87 l. c. spricht für diese Auffassung, da der Arrestschlag nur unter mehreren Gläubigern kein Vorzugsrecht begründen, sonst aber die Entstehung neuer dinglicher Rechte, soweit dieselben nicht so wie so von dem Rechte des Arrestaten ganz unabhängig sind,[10]) verhindern soll. So kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß der Mobiliararrest die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts, soweit es dem Arrestanten schädlich ist, verhindert, wenn der Arrestat nach angelegtem Arreste die Sache in eine nur gemiethete Wohnung inferirt, und daß dem Arrestgläubiger ebenso das Nießbrauchsrecht des Ehemannes unschädlich ist, wenn sich die Arrestatin nach angelegtem Arreste verheirathet. Schließlich brauchen wir bloß auf § 10 der früheren preußischen Konkursordnung hinzuweisen, nach welcher der in der Konkurseröffnung liegende allgemeine Arrestschlag die Entstehung von Pfandrechten und Hypothekenrechten überhaupt verhindert.[11])

Man könnte ferner darauf hinweisen, daß der Judikats-Hypothekengläubiger bereits einen vollstreckbaren Titel habe, der Konventional-Hypothekengläubiger aber nicht. Aber abgesehen davon, daß nicht ersichtlich ist, wie hierdurch der beliebte Unterschied gerechtfertigt werden soll, ist darauf Gewicht zu legen, daß nach § 9 der Subhastationsordnung durch die Subhastation das Grundstück auch für die Konventional-Hypothekengläubiger zu einer streitigen Sache wird. Der vollstreckbare Titel giebt dem Judikats-Hypothekengläubiger nichts als die leichtere Möglichkeit des Beitritts zur Arrestprotestation.

Auch das läßt sich nicht behaupten, daß in der Eintragung der Judikatshypothek schon der Beitritt zur Arrestprotestation liege. Gerade indem der Gläubiger ein dingliches Recht eintragen läßt, das nur unbeschadet des Arrestes entstehen kann, erwirbt er es auch nur unbeschadet desselben, sein persönliches Recht am ganzen Vermögen des Schuldners steht aber außerhalb des Grundbuchs, und

---

[10]) Der Erwerb eines Dritten durch Akzession z. B. wird allerdings durch den Arrestschlag nicht verhindert.

[11]) Auch der § 298 Hyp.-O. II. 6 stellt Dispositionen und sonst geschehene Eintragungen einander gleich, eine Gleichstellung, die analog wohl auch auf den Arrest zu beziehen ist, und die auch im Pr. 1135 anerkannt wird.

wegen desselben muß ihm, wie dem Konventional-Hypothekengläubiger der Beitritt zur Arrestprotestation anheim gestellt werden.[12])

Endlich mag sich für ganz einfache thatsächliche Verhältnisse die bekämpfte Ansicht ohne zu Tage liegende Inkonsequenzen durchführen lassen. In den Fällen der oben zitirten Entscheidungen folgte auf die Arrestprotestation nur eine Judikatshypothek, für verwickeltere Verhältnisse ist aber ihre Durchführung kaum denkbar. Man setze nur den Fall, daß nach der Arrestprotestation mehrere Judikatshypotheken folgen, deren Mehrzahl so wie so nicht zur Hebung kommt. Sollen nun alle diese Hypotheken nur dazu dienen, dem Arrestgläubiger seine Befriedigung zu verkümmern, oder wie denkt man sich die gleiche Befriedigung überhaupt? Noch schlimmer gestaltet sich die Sachlage, wenn nach der Arrestprotestation Konventional- und Judikatshypotheken abwechselnd eingetragen sind. Der Arrestgläubiger soll vor der Konventionalhypothek, aber nicht vor der noch späteren Judikatshypothek befriedigt werden, trotzdem die Konventionalhypothek doch wieder vor der späteren Judikatshypothek zur Hebung kommen soll. Diese Aufgabe wird wohl kein juristischer Scharfsinn lösen, da sie einen logischen Widerspruch enthält.[13])

Der 4. Senat kommt mit seiner Ansicht zu einem praktisch brauchbaren Resultat, indem dem Arrestgläubiger dem Präjudiz 1135 entsprechend das Vorzugsrecht vor der Judikatshypothek eingeräumt wird. Er unterscheidet auch hier nicht, ob der Arrestgläubiger vor oder nach Eintragung der Judikatshypothek den vollstreckbaren Titel erlangt hat, eine Unterscheidung, welche die Liquidation allerdings noch künstlicher machen würde.

Auch nach unserer Auffassung wird der prinziplose und unpraktische Unterschied zwischen nacheingetragenen Konventional- und Judikatshypotheken vermieden. Arrestprotestation, Konventional- und Judikatshypotheken werden der Reihenfolge nach liquidirt, nur steht

---

[12]) Ebenso liegt in der Eintragung einer Judikatshypothek nicht die Beschlagnahme einer vorhergehenden Eigenthümerhypothek des Subhastaten.

[13]) Auch wird nach der bekämpften Ansicht der Judikats-Hypothekengläubiger einfach als persönlicher Gläubiger behandelt, indem seine Befriedigung pro rata mit dem Arrestgläubiger angeordnet wird. Wenn es aber wahr ist, daß der Judikats-Hypothekengläubiger ein dingliches Recht erlangt hat, so ist es auch undenkbar, daß der Arrestgläubiger in das Liquidat aus dem dinglichen Rechte eindringt.

es jedem persönlichen Gläubiger frei, aus einem vollstreckbaren Titel der Arrestprotestation beizutreten, wodurch erst dem Arrestgläubiger seine Befriedigung verkümmert wird, so weit der nacheingetragene Hypothekengläubiger seine Befriedigung aus dem dinglichen Rechte nicht erlangt. Gleichzeitig ergiebt sich auch hieraus, daß die nacheingetragene Judikatshypothek die Umschreibung der Arrestprotestation nicht hindert, so lange nicht ein Beitritt erfolgt ist.[14])

Nach der Arrestprotestation sind neue Arreste wegen persönlicher Forderungen eingetragen.

Das Präjudiz 1135 hat der ersten Arrestprotestation das Vorzugsrecht beigelegt. Es spricht ausdrücklich von fernerweiten Eintragungen und Arrestschlägen und ordnet überhaupt an, daß die späteren Intabulate dem Arrestgläubiger unschädlich sein sollen. In dem zweiten Falle des Präjudiz war nach der Arrestprotestation zunächst ein neuer Arrest eingetragen, der später in eine Judikatshypothek umgeschrieben war. Trotzdem wurde der Arrestgläubiger vor dem Judikatshypothekengläubiger befriedigt, obgleich dieser durch die Umschreibung sein Recht aus dem Arreste nicht verloren haben kann. Diese Ansicht ist auch allein konsequent, denn es läßt sich schwerlich rechtfertigen, daß der nachfolgende Arrest aus einer bloß persönlichen Forderung mehr Rechte verleihen sollte, als die nacheingetragene Konventional- oder Judikatshypothek.

Nichts desto weniger haben die Anhänger des 3. Senats auch hier die Maxime zur Geltung gebracht, daß der Arrest keinerlei Vorzugsrecht begründe. Rintelen (Johow IV. S. 308) meint, daß die verschiedenen Arrestgläubiger pro rata ihrer Forderungen zu befriedigen seien. Abgesehen von der bereits hervorgehobenen Inkonsequenz und Gegengründen, welche schon gegen die gleiche Ansicht bei der

[14]) Daß der schwankenden Judikatur gegenüber die das Grundbuch verwaltenden Behörden sich in einer sehr mißlichen Lage befinden, ist selbstverständlich. Wir haben schon oben gesehen, daß das Appellationsgericht zu Naumburg für die Umschreibung der Arrestprotestation die Einwilligung sämmtlicher postlozirten Hypothekengläubiger überhaupt fordert. Das Appellationsgericht zu Marienwerder dagegen scheint zu unterscheiden, ob Konventional- oder Judikats-Hypotheken nachher eingetragen sind. Im ersteren Falle wird die Umschreibung ohne Weiteres zugelassen, dagegen sagt es in Beziehung auf den zweiten Fall:

„Nur mit solchen Eintragungen, welche nach Anlegung des Arrestes im Wege der Exekution, also ohne Zuthun des Besitzers, erfolgt sind, könnte es sich bezüglich der Priorität vielleicht anders verhalten."

Judikatshypothek geltend gemacht sind, ist die praktische Ausführung dieser Auffassung undenkbar, wenn der Arrestprotestation neue Arreste, Konventional- und Judikatshypotheken folgen, und diese nun wo möglich sämmtlich nach anderen Gesichtspunkten beurtheilt werden sollen.

Der 4. Senat hat der Arrestprotestation auch vor den nachfolgenden Arresten das Vorzugsrecht beigelegt und auch hier keine Rücksicht auf die Zeit der neuen Intabulation genommen.

Nach unsrer Auffassung sind der Arrestprotestation auch die neu eingetragenen Arreste unschädlich, soweit sie hinter derselben eingetragen werden, da der Arrest die Entstehung schädlicher Individualrechte überhaupt verhindert. Der Arrest hat im Allgemeinen schwächere Wirkung als die der Hypothek, und kann man ihm unmöglich der früheren Arrestprotestation gegenüber mehr Rechte beilegen. Im Kaufgelderbelegungstermin erfolgt also die Liquidation nach der Reihenfolge der Eintragungen. Dagegen ist auch der neue Arrestgläubiger nicht verhindert, wegen seiner persönlichen Forderung der früheren Arrestprotestation beizutreten. Beide Arrestgläubiger werden dann für einander beitretend erachtet, wie dies stets geschieht, wenn ein Beitritt zur Beschlagnahme derselben Sache erfolgt, und werden dann pro rata ihrer Forderungen aus den beiden Liquidaten befriedigt. Auch hier gilt der Grundsatz, daß der Beitritt berücksichtigt wird, wenn der spätere Arrestgläubiger bei seinem Liquidate einen Ausfall erleidet; da nun aber beide Arrestgläubiger nur persönliche Gläubiger sind, also auch der letztere dem ersteren sein Liquidat behufs Beitritts zu öffnen hat, beide also unter allen Umständen einen Ausfall bei Unzulänglichkeit der Kaufgelder erleiden, folgt, daß sie wegen ihres Ausfalls so lange für einander beitretend erachtet werden müssen, bis sie mit der ganzen Forderung zum Ansatz gekommen sind, so daß man eben zu dem Resultate gelangt, daß die Liquidate pro rata der Arrestforderungen getheilt werden.

Man kommt bei dieser Auffassung auch zu der richtigen Konsequenz, daß der spätere Arrestgläubiger nicht besser gestellt ist, als der spätere Hypothekengläubiger, weil letzterer als dinglich Berechtigter den Beitritt des früheren Arrestgläubigers nicht zu dulden braucht. Dagegen haben der 3. Senat des Ober-Tribunals und das Reichsgericht in den oben angegebenen Entscheidungen den Judikatsgläubiger wie einen beitretenden Arrestgläubiger behandelt

und also den richtigen Satz des Präjudiz 1135 verkannt, daß unbeschadet des Arrestes die Hypothek (das die persönlichen Gläubiger ausschließende Recht) erworben wird, die doch nun durch den Beitritt zur Arrestprotestation nicht wieder aufgehoben werden kann.

Die Extrahenten der Subhastation und diejenigen, welche die Kaufgelder mit Beschlag belegt haben, werden wie die Realgläubiger (§ 60 der Subhastationsordnung) bezw. wie Arrestgläubiger behandelt, nur versteht es sich von den Arresten gegen den Kaufgelderüberschuß von selbst, daß sie sämmtlich zu gleichen Rechten stehen, wenngleich in ihnen ein Beitritt zu einer früher intabulirten Arrestprotestation noch nicht zu erblicken ist.

Es bleibt noch der Hauptfall zu betrachten, daß über das Vermögen des Arrestaten Konkurs eröffnet wird, die persönlichen Gläubiger also in ihrer Gesammtheit andringen und so ein allgemeiner Arrest ausgebracht wird. Zwei Möglichkeiten sind hier zu unterscheiden, nämlich daß der Arrestprotestation noch Hypotheken folgen und daß dies nicht der Fall ist.

Für die erste Möglichkeit ist nach dem Pr. 1135 dem Arrestgläubiger vor den nachfolgenden Hypothekengläubigern und damit zugleich vor den Konkursgläubigern das Vorzugsrecht einzuräumen. Die erste dem Pr. zu Grunde liegende Entscheidung behandelt gerade den Fall des Konkurses, der Arrestgläubiger wird zwar in der 6. Klasse der Personalgläubiger angesetzt, dringt aber mittels der Arrestprotestation dennoch in die dritte, weil die nachträglich eingetragene Hypothek ihm nicht schädlich sein soll. In dem Pr. 1135 heißt es:

> „Das Klassifikationsurtheil lozirt den Arrestgläubiger in die sechste, den Judikatshypothekengläubiger aber,
>
> > soweit dies ohne Nachtheil der in der 6. Klasse angesetzten Kapitalsforderung von 700 Thlr. des Arrestgläubigers geschehen könne,
>
> in die dritte“ . . .

Man kann diese Aeußerung in doppelter Weise auffassen: Der Hypothekengläubiger bekommt nichts, bevor nicht der Arrestgläubiger befriedigt ist. Dann erhält er ein absolutes Vorzugsrecht vor diesem und somit auch vor den Konkursgläubigern, indem er gegen das Andringen derselben durch die ihm nachzusetzende Hypothek geschützt ist. Zweitens, der Arrestgläubiger bekommt nur die Summe, um welche er durch die nacheingetragene Hypothek benachtheiligt sein

würde. Dann würde er ein Vorzugsrecht in Höhe der nacheingetragenen Hypotheken erhalten, da sie ihm überhaupt nur in dieser Höhe schädlich sein können. Praktisch wird die verschiedene Art der Beurtheilung nur dann, wenn die Forderung des Arrestgläubigers und der disponibele Theil der Kaufgelder größer ist als die Hypothek. Man nehme also an, daß die disponibele Masse der Kaufgelder 800 M. beträgt, der Arrestgläubiger 700 M., der nachfolgende Hypothekengläubiger 500 M. zu fordern hat. Nach der ersten Annahme würde der Arrestgläubiger 700 M. erhalten, der Hypothekengläubiger 100 M., nach der zweiten Annahme der Arrestgläubiger nur 500 M., der Hypothekengläubiger den Ueberrest. Wie nach der Absicht des Präjudizes zu entscheiden sein dürfte, wird sich schwer ermitteln lassen, beide Entscheidungen verstoßen in gleicher Weise gegen das Prinzip, daß der Arrest das Andringen der persönlichen Gläubiger nicht verhindert und ein Vorzugsrecht vor ihnen nicht verleiht, die zweite Entscheidung erhöht sogar die Bedeutung der Arrestprotestation umsomehr, je mehr der Arrestat ihr entgegen gehandelt hat. Zur Rechtfertigung der Entscheidungen ließe sich nur anführen, daß wenn die Arrestprotestation einmal ein Vorzugsrecht vor Konventional- und Judikatshypotheken begründet, nicht abzusehen ist, weshalb sie vor den minder berechtigten persönlichen Gläubigern ein Vorzugsrecht nicht verleihen solle.

Der 3. Senat des Ober-Tribunals hat in dem Erk. vom 25. Februar 1867 (Archiv Bd. 66 S. 231) die vorzugsweise Befriedigung der nacheingetragenen Hypothek vor dem Arrestgläubiger im Falle des Konkurses angeordnet. Damit ist der Arrestprotestation jede Bedeutung entzogen,[15]) und die Entscheidung ist umsoweniger zu rechtfertigen, als der Verwalter der Konkursmasse noch nicht einmal Anspruch auf das Liquidat der Arrestprotestation erhob, der Konkurs also eigentlich gar nicht in Betracht kam. Sonst hat der 3. Senat die vorzugsweise Befriedigung des Arrestgläubigers vor den nacheingetragenen Konventionalhypotheken zugelassen, die antheilsweise Befriedigung mit den nacheingetragenen Judikatshypotheken angeordnet,

---

[15]) Dernburg und Hinrichs sagen S. 351 Note 5:

„Er (der Arrest) verliert seine Wirkung, sobald das Verfügungsrecht des Besitzers z. B. durch Konkurseröffnung diesem entzogen wird."

Wie man durch die Konkurseröffnung ein bereits erworbenes Recht verlieren soll, ist wohl nicht klar gestellt.

wie kommt es also, daß der Arrestgläubiger dieses Recht auf vorzugsweise bezw. antheilige Befriedigung durch den Konkurs wieder verliert, wie kommt es namentlich, daß das Recht des Arrestgläubigers den voller berechtigten Hypothekengläubigern gegenüber zur Geltung kommt, während es im Konkurse den minder berechtigten persönlichen Gläubigern gegenüber zusammensinkt? Es läßt sich nicht behaupten, daß sich in den Entscheidungsgründen der Erkenntnisse des 3. Senats eine Auflösung dieser Widersprüche findet.

Der 4. Senat des Ober-Tribunals vindizirt der Arrestprotestation auch im Konkurse das Vorzugsrecht, wenigstens für den Fall, daß der Arrestgläubiger vor Eröffnung des Konkurses einen vollstreckbaren Titel erlangt hat.[16]) Sonst ist aber die Zurückbeziehung der Wirkungen, wie wir oben ausgeführt haben, stets angenommen worden. Weshalb soll also die Konkurseröffnung einen Unterschied machen? Daß sich die Meinung des 4. Senats theoretisch überhaupt nicht rechtfertigen läßt, folgt aus dem, was wir über das Präjudiz 1135 gesagt haben.

Unsere Auffassung läßt sich auch für den Fall des Konkurses ohne innere Widersprüche durchführen. Da die Arrestprotestation gegen das Entstehen von Individualrechten überhaupt schützt, wird sie in der sich aus dem Grundbuche ergebenden Reihenfolge angesetzt. Das Liquidat ist aber zur Masse zu ziehen, da ja jeder persönliche Gläubiger beitreten kann, und aus der Natur des Konkurses sich die allgemeine Beschlagnahme von selbst ergiebt.[17]) Hiermit wird der Arrestprotestation ihre Bedeutung auch für den Fall des Konkurses erhalten, da das Liquidat derselben zur Befriedigung aller persönlichen Gläubiger und so auch der des Arrestgläubigers zu dienen hat, dieselbe wird bei der einfachen Subhastation und bei der Subhastation im Konkurse gleich behandelt, indem den persönlichen Gläubigern das Beitrittsrecht stets offen gehalten wird, man kann

---

[16]) Die Entsch. vom 23. März 1854 (Arch. Bd. 13 S. 39) behandelt den Fall, daß der Arrestgläubiger den vollstreckbaren Titel vor Eintragung der nachstehenden Judikatshypothek und vor Eröffnung des Konkurses erlangt hat. Auch im ersten Falle des Pr. 1135 fällt die Erlangung des Titels vor die Konkurseröffnung.

[17]) Wie weit der Verwalter Namens der Gläubiger auf das Liquidat verzichten kann, ist eine nach der Konkursordnung zu beantwortende Frage. Man kann aber jedenfalls nicht annehmen, daß ein derartiger Verzicht auch dem Arrestgläubiger präjudizirlich ist.

endlich unsrer Auffassung nicht vorwerfen, daß sie der Arrestprotestation ein Vorzugsrecht den voller berechtigten Gläubigern gegenüber gewähre, das sie den minder berechtigten persönlichen Gläubigern gegenüber abspreche, da auch den ersteren das Beitrittsrecht zusteht.

Es bleibt endlich noch der Fall zu betrachten, daß der Arrestgläubiger an letzter Stelle eingetragen ist und nunmehr Konkurs über das Vermögen des Arrestaten ausbricht.

Legt man das Präjudiz 1135 zu Grunde, so ist die Entscheidung sehr zweifelhafter Natur. Man könnte nämlich dahin argumentiren, daß, da dem Arrestgläubiger ein Vorzugsrecht vor den nachfolgenden Hypotheken und eingetragenen Arresten beigelegt ist, ihm dasselbe auch den persönlichen Gläubigern gegenüber zustehen müsse, und seine vorzugsweise Befriedigung unmöglich von dem zufälligen Umstande abhängig gemacht werden könne, daß nach ihm eine Hypothek eingetragen sei. Es läßt sich aber auch ausführen, daß, da keine Hypothek vorhanden ist, die ihm nachtheilig werden könnte, dem Arrestgläubiger keine Möglichkeit gegeben ist, in die dritte Klasse einzudringen und ein Vorzugsrecht zu erlangen.

Der 3. Senat gelangt zu der Auffassung, daß der Arrestgläubiger als Konkursgläubiger aufzutreten hat, jedoch liegt in der Entscheidung vom 8. Februar 1875 nur der Fall zu Grunde, daß die Konkurseröffnung erfolgt ist, bevor der Arrestgläubiger einen vollstreckbaren Titel erlangt hat (vgl. auch Entsch. vom 25. Februar 1867, Arch. Bd. 66 S. 231).

Der 4. Senat behandelt in der Entscheidung vom 15. Dezember 1868 (Arch. Bd. 73 S. 175) den Arrestgläubiger wie einen Hypothekengläubiger, jedoch hatte in dem gegebenen Falle der Arrestgläubiger schon vor der Konkurseröffnung den vollstreckbaren Titel erlangt.

Nach unserer Auffassung wird zwar im Kaufgelderbelegungstermin für die Arrestprotestation liquidirt, das Liquidat aber in Folge des allgemeinen Arrestes zur Masse gezogen.

### Verhältniß der Arrestprotestation zu den bereits bestehenden dinglichen Rechten.

Nach dem Vorgetragenen sichert die Arrestprotestation gegen das Entstehen neuer Individualrechte, wie weit sie einen Schutz gegen

das Andringen der persönlichen Gläubiger gewährt, bleibt in hohem Grade zweifelhaft. Nach dem Präjudiz 1135 läßt sich die Frage mit Sicherheit nicht entscheiden, vom 3. Senate des Ober-Tribunals wird dieser Schutz gewährt, sobald eine Konventionalhypothek nachher eingetragen ist, aber nicht in gleicher Weise, wenn es sich um eine Judikatshypothek handelt oder über das Vermögen des als Eigenthümer Eingetragenen Konkurs eröffnet ist. Der 4. Senat schützt den Arrestgläubiger gegen das Andringen der persönlichen Gläubiger grundsätzlich. Wir nehmen an, daß gemäß der Analogie des Mobiliararrestes die Arrestprotestation einen Schutz gegen das Andringen der persönlichen Gläubiger zwar überhaupt nicht gewähre, daß aber ein Beitritt zur Arrestprotestation zu erfolgen habe, der allerdings schon in der Konkurseröffnung liegt.

Eine ganz andere Frage ist es, ob der Arrestgläubiger den Glauben des Grundbuchs für sich anzurufen vermag. Der Glaube des Grundbuchs gilt grundsätzlich nur für die voll erworbenen dinglichen Rechte, und da der Arrestgläubiger nach unsrer Auffassung ein derartiges Recht nicht hat, kann die Arrestprotestation auf die bereits bestehenden dinglichen Rechte keine Einwirkung haben. So ist auch in dem Präjudiz Nr. 1459 (Entsch. Bd. 10 S. 161) entschieden, und wenn auch nach dem Grundsatze des 4. Senats an der Richtigkeit dieser Entscheidung gezweifelt werden könnte, scheint doch die Praxis das Präjudiz Nr. 1459 stets festgehalten zu haben.

b) Neues Recht.

Alle diese Unsicherheit und Verschiedenheit der Auffassungen ist dadurch erzeugt, daß die Praxis gezwungen war, die Wirkungen der Arrestprotestation ohne jede gesetzliche Basis, ja gegen das Gesetz zu konstruiren (Hyp.-O. II. 6 § 290). Jetzt ist der § 290 Hyp.-O. II. 6 überhaupt beseitigt, und der Arrestprotestation im § 22 des G.E.G. eine gesetzliche Basis gegeben worden. Danach steht die Arrestprotestation wegen des bloßen Geldanspruchs und die Vormerkung wegen eines titulirten Geldanspruchs in der Wirkung gleich, und kommt man nach den Bestimmungen der Deutschen Civilprozeßordnung zu demselben Resultat. Dann aber sichert die Vormerkung wegen des bloßen Geldanspruchs nicht bloß gegen das Entstehen neuer Individualrechte, sondern auch gegen das Andringen der Obligationen, und auch der eingetragene Arrestgläubiger kann sich auf

den Glauben des Grundbuchs verlassen. Es würde damit ein sicherer Rechtszustand erreicht sein.[18])

Sollte man aber unsrer Auffassung de lege lata nicht beitreten, so werden unsre Deduktionen doch vielleicht das klar gelegt haben, daß de lege ferenda das alte Institut der Arrestprotestation nicht aufrecht erhalten werden kann.

---

[18]) Auch darüber wird gestritten, in welche Abtheilung des Grundbuchs die Vormerkung wegen eines persönlichen Gläubigerrechts einzutragen ist. Faßt man sie als Vormerkung im Sinne des § 22, wenn auch nur auf Grund der hinzukommenden Vorschriften der Civilprozeßordnung auf, so ist es selbstverständlich, daß sie in der 3. Abtheilung einzutragen ist. Aber auch die angeblich beibehaltene alte Arrestprotestation wäre in gleicher Weise einzutragen. Für die Behauptung des Gegentheils bringt man folgenden Schlußsatz: Nach §§ 91, 11 Nr. 2 der Grundbuchordnung werden Beschränkungen des Verfügungsrechtes in der 2. Abth. eingetragen, die Protestation wegen eines Geldanspruchs ist eine bloße Beschränkung des Verfügungsrechtes, also gehört sie in die 2. Abth. Die beiden Voraussetzungen des Schlusses sind jedoch nicht richtig. Der § 91 l. c. umfaßt nicht alle Verfügungsbeschränkungen, sondern nur diejenigen, welche sich nicht aus einem einzelnen Rechte ergeben. Jedes jus in re und jus ad rem beschränkt den Eigenthümer in seiner Verfügung, und trotzdem ist es da vorzumerken, wo es seiner Natur nach hingehört. Nur in gleicher Weise beschränkt die Arrestprotestation den Eigenthümer in seiner Verfügung, indem sie ein Sicherungsmittel des zu Grunde liegenden Geldanspruchs ist. Sie ist daher ebenfalls da einzutragen, wo Geldansprüche ihrer Natur nach hingehören. Die Bestimmung der Hypothekennovelle ist daher eine an sich richtige und sachgemäße. Ferner bestimmt der § 11 Nr. 1 der G.B.O., daß in der 2. Abth. eingetragen werden sollen: wiederkehrende Geld ... leistungen, also nicht einmalige Geldleistungen, woraus sich ergiebt, daß die Arrestprotestation, welche eine einmalige Geldleistung sichert, nicht in der 2. Abth. eingetragen werden darf. Dieser Auffassung steht auch nicht der § 12 der G.B.O. entgegen, denn ihm liegt der richtige Gedanke zu Grunde, daß Geldansprüche in der 3. Abth. einzutragen sind, und ist nicht verordnet, daß nur Hypotheken- und Grundschulden in der 3. Abth. eingetragen werden sollen. Auch der Vormerkung wegen des titulirten Geldanspruchs ist dieselbe Stelle angewiesen, trotzdem sie eine eigentliche Hypothek nicht ist. Die Arrestprotestation wegen eines Geldanspruchs hat aber insofern auch die halbe Wirkung der Dinglichkeit bez. der definitiven Eintragung, als sie den Geldanspruch gegen das Entstehen von Individualrechten sichert.

## 17.

# Das Verbot der Chikane.

Von Herrn Dr. Max Rewoldt in Greifswald.

## Inhalt.

§ 1. Der Begriff der Chikane
a) im weiteren Sinne: Rechtsausübung, um einem Andern zu schaden,
b) im engeren Sinne: Rechtsausübung ohne Interesse, um einem Andern zu schaden.
§ 2. Geschichte des Verbots der Chikane.
§ 3. Ein Verbot der Chikane setzt voraus, daß die Chikane eine Rechtsverletzung enthält. Erforderniße der Rechtsverletzung: Rechtsstörung, Wille, Rechtsüberschreitung (Unrecht).
§ 4. Fortsetzung: Verschuldung.
§ 5. Nach §§ 3, 4 enthält die Chikane im weiteren Sinne (§ 1a) keine Rechtsverletzung.
§ 6. Die Quellenstellen.
§ 7. Die Chikane im engeren Sinne (§ 1b) enthält auch keine Rechtsverletzung, denn
§ 8. I. das Recht ist unabhängig vom Interesse seines Inhabers, und
II. das Recht kann ohne Inhaber bestehen.
§ 9. Resultat.

## § 1.

Nemo dammum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet (l. 151 D. d. R. J. 50, 17). Das heißt: Jeder darf sein Recht ausüben, auch wenn einem Andern dadurch Nachtheil erwächst.

Eine Ausnahme von dieser Regel bildet das sog. Verbot der Chikane, dessen Unhaltbarkeit darzuthun versucht werden soll.

Der Begriff Chikane läßt sich in einem weiteren und engeren Sinne fassen.

a) Chikane ist Rechtsausübung, um einem Andern zu schaden,
b) Chikane ist Rechtsausübung ohne Interesse, um einem Andern zu schaden.

Chikane i. w. S. setzt dreierlei voraus:

1) Jemand handelt innerhalb der ihm zustehenden rechtlichen Befugniß; z. B. er baut auf seinem Grund und Boden eine Mauer.

2) Er thut dies zu dem Zweck, einem Andern einen Nachtheil zuzufügen.
3) Der Zweck wird erreicht.

Hier ist gleichgültig,

a) ob der Handelnde ein objektives Interesse,
b) ob er ein subjektives Interesse hat; d. h. ob er eigenen Nutzen hat oder bezweckt,
c) welcher Art der bewirkte Nachtheil ist, ob
 α) eine Vermögens-Schädigung (z. B. Minderung der Fruchtbarkeit eines Gartens),
 β) eine Belästigung (z. B. Verdunkelung einer Stube),
 γ) Verlust einer Annehmlichkeit (z. B. einer schönen Aussicht).

Chikane i. w. S. liegt also schon dann vor, wenn Jemand eine berechtigte Handlung mit eigenem Nutzen und mit Rücksicht auf denselben, aber hauptsächlich zu dem Zweck und mit dem Erfolg vornimmt, einem Andern dadurch eine Annehmlichkeit zu entziehen.

Die Chikane i. w. S. ist die des gemeinen Sprachgebrauchs und diejenige, welche der Moral verwerflich erscheint.

Unter den engern Begriff der Chikane sind folgende Fälle zu stellen:

1) Rechtsausübung ohne subjektives und ohne objektives Interesse,
2) Rechtsausübung mit subjektivem, jedoch ohne objektives Interesse und
3) umgekehrt,

und zwar in allen Fällen Zwecks und mit Vermögens-Schädigung oder Belästigung oder Entziehung einer Annehmlichkeit.

Alle diese Fälle der Chikane i. e. S. fallen mit unter die Chikane i. w. S.

Ein Verbot der Chikane muß Antwort geben, ob es, wie die Moral, jegliche Chikane i. w. S., oder nur die Chikane i. e. S., und wie weit wiederum diese ergreifen will.

## § 2.

Es ist eine alte Streitfrage, ob es im römischen Recht ein Verbot der Chikane giebt. Eine unter Thomasius Vorsitz in Halle 1703 vertheidigte Dissertation[1]) — die letzte mir bekannte systematische Abhandlung über die Chikane — sagt: Es finde sich seit

[1]) Non-ens actionis forensis contra aedificationem ex aemulatione.

mehr als zwei Jahrhunderten in den Lehrbüchern ein Verbot der Chikane. Bis heute ist die Frage, ob ein solches Verbot Berechtigung hat, eine offene. Die Einen verneinen sie gänzlich.[2]) Denn das Verbot würde der l. 151 D. d. R. J. 50, 17 (§ 1) und der l. 55 eod.:

nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur,

widersprechen und werde durch die Rechtsregel: qui jure suo utitur, nemini facit injuriam schlechthin ausgeschlossen.

Also: wo Jemand sein Recht ausübe, da fehle damnum (l. 151 cit.) — dolus — injuria. Ein faktischer Schade, eine faktische böse Absicht gelten rechtlich als bedeutungslos.

Ob hier die l. 55 cit. richtig verstanden ist, muß zweifelhaft erscheinen. Denn nullus videtur dolo facere kann zweierlei heißen:

1) Faktischer Dolus wird rechtlich nicht als Dolus angesehen.
2) Die Präsumtion spricht gegen Dolus, er kann aber nachgewiesen werden.

Die letztere Auslegung würde einen rechtlich wirksamen Dolus bei der Rechtsausübung zulassen, und es stände zunächst nichts im Wege zu sagen: eine dolose Rechtsausübung ist injuria, gegen welche sich das Verbot der Chikane richtet.

Daß das Verbot in den Quellen wirklich existire, wird denn auch vielfach behauptet. Aus einer Reihe von Stellen, die später einzeln zu betrachten sein werden, soll es hervorgehen. Einige konstruiren daraus ein allgemeines Verbot,[3]) Andere beschränken das Verbot auf Sachen, besonders Grundstücke und Gebäude,[4]) noch Andere auf die in den Quellen behandelten Fälle.[5])

Auch in der Rechtsprechung wird bald das Verbot angenommen, bald verneint.[6]) Ueber die Abgrenzung des Verbots (§ 1 a. E.) herrscht unter seinen Anhängern keine Einigkeit.

Meist wird gefordert, daß der erlittene Nachtheil in einem wirk-

---

[2]) Dissertation von Thomasius 1703; Schweppe, römisches Privatrecht 4. Aufl. S. 311; Fritz, Erläuterungen zu Wening-Ingenheim I. S. 311.

[3]) Windscheid, Pandekten 3. Aufl. I. § 121 Note 3; Vangerow, Pandekten I. § 297; Baron, Pandekten § 75; Schelhaß, Nachbarrecht § 1 Note 5; Pernice, zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 43 f. Derselbe, Marcus Antisteus Labeo II. S. 13.

[4]) Sintenis, Civilrecht, 2. Aufl. I. § 27; Glück, Pandekten VIII. S. 43.

[5]) Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn S. 229 f., 271.

[6]) Seuffert's Archiv. Für das Verbot: VI. 13, X. 222, XXXI. 117, XXXII. 204. Gegen: XXI. 192, XXIII. 205, XXVI. 19, XXIX. 119, XXXI. 118.

lichen Vermögensschaden bestehe, doch giebt es auch Stimmen, die eine bloße Belästigung für ausreichend halten, z. B. Einrichtung eines Fensters, um die schöne Frau und Töchter des Nachbar zu sehen.[7])

Ferner wird in der Regel vorausgesetzt, daß der Chikane-Uebende gar kein Interesse an der Rechtsausübung habe,[8]) während Einige sich daran genügen lassen, daß auf der Seite des Chikane-Uebenden einiger Vortheil, etwa eine Annehmlichkeit vorliege, auf der andern aber ein unverhältnißmäßig großer Schade bewirkt werde.[9]) Im Allgemeinen wird man als die heute bei den Anhängern des Verbots herrschende Ansicht betrachten können, daß nur dann eine rechtlich bedeutsame Chikane vorliege, wenn der sie Uebende kein Interesse, der Benachtheiligte dagegen einen Vermögensschaden hat.

Damit beschränkt sich das Verbot wesentlich auf den ersten Fall der Chikane im engern Sinne (§ 1) und ist zu definiren als Rechtsausübung ohne eigenes (objektives und subjektives) Interesse zu dem Zweck und mit dem Erfolg, einem Andern einen Vermögensschaden zu bereiten.

Erwähnt werden mag, daß man über die gegen die Chikane zu gewährende Klage uneinig ist, ob actio de dolo aus l. 1 § 12 D. d. aq. et aq. 39, 3[10]) oder actio injuriarum aus l. 44 D. d. inj. 47, 10.[11]) Man zieht auch die actio negatoria, cautio damni

---

[7]) Strykius, dissert. de jure aemul. Vol. II. No. 17 (1678) cap. 1 No. 13. Vgl. Thomasius 1703 a. a. O. §§ 7, 9, 10. Es mag gestattet sein, die drastischen Bemerkungen des Letzteren über diesen Fall zu erwähnen (§§ 29, 30, 41):

a) Der Gestörte kann seinerseits sich durch Verbauen des Fensters schützen.
b) Es ist commodum et jucundum, videre feminas pulcras.
c) Der pulcritudo schadet das Ansehen nichts.
d) Das Verbot stammt ex ingenio invido Italorum, welche ihre Weiber und Töchter verbergen. Dies paßt nicht ad mores Germanorum, welchen es angenehm ist, wenn Andere sehen, daß sie schöne Frauen und Töchter haben.

[8]) Windscheid, Pand. I. § 121 Note 3; Hesse, Rechtsverh. S. 230.

[9]) Mevius, Comment. in jus Lubecense lib. 3 tit. 12 art. 7 No. 31; Menochius de praesumt. VI. praes. 29 No. 21b, 28; Seuffert, Archiv X. 222.

[10]) Gesterding, Nachforschungen III. S. 391 ff.

[11]) Werenberg in Iherings Jahrbüchern VI. S. 34; Hesse daselbst S. 418.

infecti, operis novi nuntiatio, interdictum uti possidetis und interdictum quod vi aut clam heran.[12])

Den Beweis theilt man dem Beschädigten zu,[13]) anerkennt freilich, daß derselbe schwierig zu führen sei, und hält deshalb auch wohl das ganze Verbot für nicht sehr praktisch.[14])

§ 3.

Vor der Betrachtung der Quellenstellen, welche für das Verbot der Chikane herangezogen werden, ist es nöthig, sich über einige allgemeine Begriffe klar zu werden.

Wer die Chikane verbietet, der thut es aus dem Grunde, weil er in ihr eine Rechtsverletzung sieht. Ueberall, wo das objektive Recht zum Schutze eines subjektiven Privatrechts einschreitet, setzt es voraus und nimmt an, daß dasselbe verletzt ist.

Wenn der Anhänger des Verbots nicht Alles, was der Sprachgebrauch und die Moral als (faktische) Chikane auffaßt (§ 1), als (rechtliche) Chikane betrachtet (§ 2), so thut er es darum, weil er bei dieser eine Rechtsverletzung annimmt, bei jener nicht.

Um zu entscheiden, ob die Rechtsausübung, wenn sie mit den die Chikane karakterisirenden Momenten gepaart ist, eine Rechtsverletzung darstellen kann, müssen die Erfordernisse der Rechtsverletzung, ihre essentialia festgestellt werden. Dahin gehören:

1. Ein Recht muß in einen ihm nicht entsprechenden thatsächlichen Zustand gerathen;[15]) es muß eine Störung der augenblicklichen Existenz des Rechts eintreten.

2. Die Störung muß durch ein mit menschlichem Willen begabtes Wesen hervorgebracht sein.

Das Erste ohne das Zweite kann wohl die Verletzung des Gegenstandes eines Rechts, eines Guts, nicht aber eines Rechts darstellen.[16])

3. Der störende Wille muß sich im Unrecht befinden, eine

---

[12]) Mevius a. a. O. Nr. 36; Strykius a. a. O. cap. IV. No. 9b. 17; Pernice, M. A. Labeo II. S. 15.

[13]) Mevius a. a. O. Nr. 35; Strykius a. a. O. cap. IV. No. 4, 5; Windscheid, Pand. I. § 121 Note 3.

[14]) Windscheid daselbst.

[15]) Windscheid, Pand. I. § 122.

[16]) z. B. der Hagel verwüstet mein Feld. Vgl. Ihering, Schuldmoment im röm. Privatrecht 1867 S. 6.

Rechtsüberschreitung begehen. Der Rechtsstörung auf der Seite des Leidenden entspricht jedesmal ein Unrecht auf der Seite des handelnden Willens. Niemals kann ein handelndes Recht eine Rechtsstörung hervorbringen. Alle Ausnahmen hiervon sind nur scheinbar, denn:

a) Bei einer Rechtsverletzung ist oft scheinbar auf Seite des handelnden Willens ein Recht vorhanden, während in Wirklichkeit ein Konkurrenzfall einer erlaubten und einer unerlaubten Handlung vorliegt. Steckt z. B. der Eigenthümer sein extra oppidum belegenes Haus an,[17]) damit seine schlafende Ehefrau darin ihren Tod finde, so ist das nicht eine dolose Rechtsausübung, sondern es konkurriren eine erlaubte Handlung (die Eigenthums-Vernichtung) und eine verbotene Handlung (die Tödtung).

b. Wenn ein Recht handelt, so wird oft dadurch scheinbar ein Recht in seinem thatsächlichen Zustand gestört, während in Wirklichkeit Störung eines rechtlosen, unrechten Zustandes vorliegt. Wo ein Recht sich innerhalb seines Gebietes bewegt, da findet es stets Nichtrecht vor (Unrecht im passiven Sinne gegenüber dem handelnden Unrecht). Der Schein einer Rechtsstörung entsteht dadurch, daß, wenn das Recht nicht vorgeht oder sich zurückzieht, z. B. das Eigenthum gegenüber dem Publizianischen Besitz, wir in dem letzteren in der That ein gegen Dritte wirkendes Recht haben. Dem Eigenthum gegenüber ist aber dieses Recht ein rechtloser Zustand.

Umgekehrt verletzt das handelnde Unrecht stets ein Recht; denn wo ich Niemandem zu nahe trete, da darf ich gehen, kann mithin nicht Unrecht thun.

Rechtsstörung und (handelndes) Unrecht sind hiernach dasselbe Ding von zwei Seiten angesehen. Rechtsstörung schaut nach der Seite des Leidenden, Unrecht nach der Seite des Handelnden. Eins ohne das Andere existirt nicht.

## § 4.

Bisher ist die Verschuldung (dolus und culpa umfassend) als Erforderniß der Rechtsverletzung außer Acht gelassen. Es ist

---

[17]) Nach gemeinem Recht eine erlaubte Eigenthums-Bethätigung. Binding, die Normen und ihre Uebertretung II. S. 291. Vgl. daselbst S. 285 ff. über

klar, daß vielfach der Wille allein nicht genügt, um eine Rechtsverletzung zu veranlassen, sondern der besondern Qualifikation der Verschuldung bedarf. Dies Moment der Verschuldung beherrscht das gesammte Strafrecht und das Civilrecht überall da, wo Schadensersatz in Frage kommt:[18]) ohne Verschuldung keine Rechtsverletzung. Ob überhaupt eine Rechtsverletzung ohne Verschuldung möglich, letztere also ein unbedingtes essentiale der ersteren ist, das ist eine Streitfrage, die hier auf sich beruhen bleiben kann.[19])

Der Wille enthält die Qualifikation eines verschuldeten Willens dadurch, daß sich mit ihm die Vorstellung, das Bewußtsein seiner selbst verbindet. Das liegt auf der Hand beim Vorsatz, dolus. Aber auch der Fahrlässigkeit, culpa im engern Sinne, liegt dies Moment des Bewußtseins zu Grunde. Der Unterschied ist, daß beim dolus das Bewußtsein des einzelnen Menschen im einzelnen Falle untersucht wird, während bei der culpa jedesmal ein abstrakter Maßstab im Verhältniß des Bewußtseins zum Willen angelegt wird. Dieser Maßstab ist der weiteste bei der Aquilischen und der culpa lata[20]) (Bewußtsein aller vernünftigen Menschen), enger bei der culpa levis (Bewußtsein guter Hausväter), der engste bei der culpa in concreto (Bewußtsein im gewöhnlichen Verhalten des betreffenden Menschen).

Der verschuldete Wille ist hiernach ein solcher, bei welchem ein Wissen oder Wissen-Müssen vorhanden ist — und zwar, wie bei jedem für die Rechtsverletzung in Frage kommenden Willen (§ 3), von einem Unrecht auf seiner und dementsprechend einer Rechtsstörung auf der andern Seite.

Ein verschuldeter Wille, der sich auf Rechtsausübung richtet, ist juristisch ein Unding, er bringt keine Rechtsstörung, sondern höchstens Störung eines rechtlosen Zustandes hervor. So speziell der ein Recht ausübende böse Wille (faktischer Dolus).

---

das Durchdringen des Satzes in den Quellen, daß der Dolus sich auf eine Rechtswidrigkeit beziehen müsse.

[18]) Ihering, Schuldmoment S. 40 ff.

[19]) Verneint von Merkel, kriminalistische Abhandlungen Heft 1, Leipzig 1867, S. 46 f. Bejaht von Ihering, Schuldmoment S. 5. Er unterscheidet objektives und subjektives Unrecht (ohne — mit Verschuldung).

[20]) Nach Binding, Normen II. S. 338, 382 ist culpa lata zum dolus, d. h. zum bewußt rechtswidrigen Handeln zu rechnen. Ihm unterscheidet sie sich vom eigentlichen dolus nur durch den Mangel des gemeinen Motivs.

§ 5.

Sehen wir, wie sich diese Resultate zu der Chikane stellen. Bei derselben ist der Wille, zu schaden, vorhanden. Das Willensmoment, welches bei der Rechtsverletzung als Verschulden und speziell als dolus auftrat, war ein sekundäres, es setzte als primäres einen auf ein Unrecht gerichteten Willen voraus und wurde nur als Qualifikation dieses Willens von Bedeutung. Es kann vielleicht ein unrechter Wille ohne Verschuldung, nicht aber diese ohne jenen eine Rechtsverletzung begründen.

Hieraus folgt, daß, wenn Jemand einen Vermögensschaden, eine Minderung seiner augenblicklichen, thatsächlichen Güter erleidet, und der Wille, der dies bewirkte, hierauf gerichtet ist, wir damit allein noch keine Rechtsverletzung haben. Dazu gehört, daß das Gut als ein Recht angegriffen ist, und dies wiederum setzt als nothwendiges Korrelat voraus, daß die ergreifende Macht eine Rechtsüberschreitung, Unrecht begeht. Andernfalls ist das Angegriffene wohl ein Gut, aber kein Recht, sondern Nichtrecht oder Unrecht, und ein verletztes Unrecht kann nimmermehr eine Rechtsverletzung darstellen.

Wenn daher die Chikane verboten werden soll, und dies nur geschehen kann, sofern eine Rechtsverletzung vorliegt, so muß man suchen, eine solche aufzufinden.

Der auf einen Schaden gerichtete, böse Wille an sich bildet, wie wir sahen, keine Rechtsverletzung, er muß sich auf ein Unrecht beziehen. Die Störung eines faktischen Zustandes ist auch keine Rechtsverletzung, dazu gehört eine Rechtsstörung. Die Ausübung eines Rechts endlich bildet gewiß keine Rechtsverletzung, es bedarf der Rechtsüberschreitung.

Diese drei Momente ergeben vereint das, was die Moral und das gewöhnliche Leben als Chikane auffaßt und Unrecht, d. h. sittliches Unrecht, Sünde nennt (Chikane im weiteren Sinne, § 1). Der Jurist hat ein neues Moment hinzugethan: Das Recht muß ohne Interesse ausgeübt werden (Chikane im engeren Sinne, §§ 1, 2). Die Moral sieht nicht darauf, ob ich mit oder ohne Interesse einem Andern schaden will, ihr genügt die böse Absicht für die als Sünde verwerfliche Chikane. Würde eine solche Absicht auch genügen, ein Unrecht der Chikane hervorzubringen, dann könnte es gleichgültig sein, ob nebenbei ein Interesse da ist, und es wäre kein Grund, nur

die Chikane im engeren Sinne, nicht aber diejenige im weiteren Sinne als Unrecht zu betrachten und zu verbieten.

Die Einschränkung durch das Interesse beruht aber in dem Gefühl, daß man mehr haben müsse, als die bloße böse Absicht, daß diese sich, um eine Rechtsverletzung zu Stande zu bringen, auf etwas an und für sich Unrechtes, eine Rechtsüberschreitung richten müsse. Ob eine solche in der Rechtsausübung ohne Interesse gefunden werden kann, mag vorläufig dahingestellt bleiben.

Zunächst soll untersucht werden, ob nicht die bisherigen Schlußfolgerungen dadurch umgestoßen werden, daß, wie die Anhänger des Verbots der Chikane annehmen, sich in den Quellen eine Reihe von Fällen nachweisen läßt, wo der böse Wille ohne Vorhandensein eines Unrechts eine Rechtsverletzung bewirkt.

Sind die bisherigen Ausführungen richtig, dann muß sich stets ein Unrecht, eine Rechtsüberschreitung finden, auf die sich ein verschuldeter Wille bezieht.

## § 6.

Einige Stellen, welche als Beläge für das Verbot der Chikane herangezogen sind, können deshalb nicht auf eine solche bezogen werden, weil in ihnen nicht von einer chikanösen, einer in erster Linie auf den Nachtheil eines Andern gerichteten Absicht die Rede ist.

In l. 10 D. d. S. P. U. 8,2 und l. 30 D. d. usufr. 7,1 wird gesagt, daß der Erbe durch Bauen an einem ererbten Hause ein zweites legirtes Haus nicht völlig verdunkeln dürfe. Die Vorschrift beruht auf der vorausgesetzten Absicht des Erblassers, daß auch der Legatar die legirte Sache solle gebrauchen können. Davon, daß das Verdunkeln in chikanöser Absicht geschieht, enthalten die Stellen nichts.

Die Bauvorschrift in Bezug auf Tennen in l. 14 § 1 C. d. s. e. aq. 3,34 weiß ebenfalls nichts von solcher Absicht.

Desgleichen nov. 63 pr. cap. 1. Es soll innerhalb 100 Fuß von einem Hause Niemand die Aussicht auf das Meer, rem omnium gratissimam, verbauen (prohibere). Jemand verbaut zunächst die Aussicht, indem er außerhalb der 100 Fuß eine Wand (aliquod velum) zieht. Nachdem so die Aussicht schon genommen, baut er nunmehr sine prohibitione innerhalb der 100 Fuß (des velum) ein Gebäude und nimmt alsdann die Wand wieder fort. Dann heißt es: si quis voluerit tale aliquid excogitare et malignari, non taliter ludat. Es handelt sich hier erstlich nicht um ein jure suo uti, son-

dern um eine fraus legis[21]). Das malignari sodann bezieht sich auf die Machination zur Umgehung des Gesetzes. Daß diese aus einer chikanösen Absicht geschieht, erhellt nicht. Der Zweck ist lediglich das Bauen innerhalb der 100 Fuß, dessenwegen die hindernde Vorschrift umgangen werden soll.

L. 2 § 5 D. d. aq. e. aq. 39,3: Es wird mir eine utilis actio aquae pluviae arcendae oder ein interdictum gewährt, wenn ich einen durch Wasser umgerissenen Damm auf des Nachbars Grundstück wiederherstellen will, um mich gegen das Wasser zu schützen, und der Nachbar dies nicht gestatten will. Voraussetzung ist: si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur.

Ich habe also das Recht, auf dem Nachbargrundstücke die Veränderung anzubringen unter den Voraussetzungen, daß

a) eigenes Bedürfniß vorliegt,

b) dem Nachbar kein Schade entsteht.

Wenn der Nachbar diesem Rechte widerstrebt, ist er im Unrecht, er übt kein Recht aus. Daß er es ferner in der Absicht thut, mir zu schaden, steht nicht in der Stelle. Es kann Eigensinn, Peinlichkeit oder sonst etwas der Grund sein.

Die folgenden Stellen sind, wenn sie zwar eine auf Anderer Nachtheil gerichtete Absicht enthalten, doch sämmtlich für die Behauptung, daß eine in dieser Absicht vorgenommene Rechtsausübung (Chikane) eine Rechtsverletzung veranlasse, darum beweisunkräftig, weil keine Rechtsausübung, sondern eine Rechtsüberschreitung, ein Unrecht, vorliegt (§ 5 a. E.).

L. 44 D. d. inj. 47,10 (Javolenus): Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut projecerit aut infuderit, negat Labeo injuriarum agi posse: quod falsum puto, si tamen injuriae faciendae causa immittitur.

Javolenus: Wenn der Herr eines niedriger gelegenen Hauses Rauch macht, um den höher gelegenen Nachbar einzuräuchern, oder wenn der obere Nachbar auf das untere Haus etwas wirft oder gießt, meint Labeo, könne nicht wegen injuria geklagt werden: dies

---

[21]) Thomasius § 39.

halte ich für falsch, wenn nämlich die Immission geschieht, um eine injuria zu begehen.

Die bisherige Verwerthung dieser Stelle ist eine verschiedene. Sie wird als direkter Beleg dafür herangezogen, daß es gegen die chikanöse Ausübung eines Eigenthumsrechtes die actio injuriarum gebe.[22]) Das immittere von Rauch u.s.w. würde danach dem Javolen als berechtigte Eigenthumsausübung gelten, gegen die er, wenn sie mit animus injuriandi, in chikanöser Absicht geschehen, die actio injuriarum gewährte. Man verwahrt sich indessen dagegen, daß die berechtigte Handlung durch die chikanöse Absicht zur unberechtigten werde. Dieser zu hart erscheinenden Konsequenz sucht man dadurch zu entgehen, daß man sagt: die Klage sei zum Schutz des Eigenthümers, nicht des Eigenthums da und richte sich nicht gegen Aufhören der Handlung, sondern der Chikane,[23]) sie basire weniger auf der objektiven Widerrechtlichkeit der gegnerischen Handlung, als dem unrechtlichen Motiv.[24])

Von anderer Seite wird dem gegenüber die Unanwendbarkeit der actio injuriarum für die Chikane betont, weil bei ihr lediglich der animus injuriandi von Bedeutung und gleichgültig sei, ob die Handlung im Nachbarverkehr erlaubt oder unerlaubt sei. Die l. 44 stelle einen Konkurrenzfall der actio negatoria und actio injuriarum dar.[25]) Nach dieser Ansicht hält also Javolen das immittere für eine Eigenthumsverletzung, gegen die er die actio negatoria geben würde. Weil auch animus injuriandi vorhanden ist, gewährt er auch die actio injuriarum.

Eine dritte Ansicht steht in der Mitte:[26]) Das ältere Recht sähe bei der actio injuriarum nicht auf den animus injuriandi, sondern darauf, ob die Handlung innerhalb oder außerhalb der Rechtsgrenzen läge. Nach Labeo müsse Ueberbringen von Wasser, Rauch u. s. w. vom Nachbar ertragen werden. (Erst Aristo in l. 8 § 5 D. si serv. 8,5 scheine deswegen die actio negatoria zuzulassen). Labeo schließe daher trotz des animus injuriandi die actio injuriarum aus. Bei Javolen dagegen entscheide der animus injuriandi. Daher ent-

---

[22]) Werenberg in Iherings Jahrbüchern Bd. VI. S. 64.

[23]) Werenberg, das.

[24]) Hesse, das. VI. S. 418.

[25]) Ihering, Jahrbücher VI. S. 103.

[26]) Pernice, M. A. Labeo Bd. II. S. 8 f., S. 15 Note 13.

halte die l. 44, obwohl sie nicht direkt verwendbar sei, wenigstens ein „Korrelat" („Analogon") zu dem Satze, daß doloser Rechtsmißbrauch zum Nachtheil eines Andern der Rechtsüberschreitung gleichstehe.

Offenbar bezweckt die Stelle, eine Entscheidung über das Anwendungsgebiet der actio injuriarum zu geben. Labeo gewährt keine actio inj., Javolen gewährt sie. Warum? Der Grund ist jedenfalls nicht in der Schlußbemerkung: si inj. fac. causa immittitur zu suchen, daß etwa Javolen deswegen die actio inj. gäbe, Labeo aber annähme, das immittere geschähe nicht inj. fac. causa. Labeo ist vielmehr derselben Ansicht wie Javolen, daß das immittere injuriandi animo geschieht.[27]) Das beweist der Ausdruck: vicini fumigandi causa, um den Nachbar einzuräuchern.

Trotzdem also Labeo und Javolen in Bezug auf den animus injuriandi einig sind, versagt Ersterer die actio inj. und gewährt sie Letzterer. Vielleicht deshalb, weil Labeo der Ansicht ist, daß das immittere als Eigenthumsausübung ertragen werden müsse,[28]) während Javolen darin eine Eigenthumsverletzung sieht? Jhering weist mit Recht darauf hin,[29]) daß es für die actio inj. gleichgültig ist, ob die Handlung im Nachbarverkehr erlaubt oder unerlaubt ist. Das Gewähren oder Versagen der actio inj. kann deshalb nicht davon abhängen, ob die Voraussetzungen der actio negatoria vorliegen oder nicht.

Um die actio inj. zu begründen, genügt nach der früheren Entwicklung über die Rechtsverletzung (§§ 3, 4) nicht der animus injuriandi, sondern die Handlung, welche in solcher Absicht vorgenommen wird, muß die Störung eines Rechts enthalten. Dies Recht ist bei der actio inj. das der Persönlichkeit. Die mit animus injuriandi vorgenommene Handlung muß als Mißachtung der Persönlichkeit aufzufassen sein, wenn sie mit der actio inj. geahndet werden soll. Nicht also danach darf man bei der l. 44 fragen, ob das immittere eine Eigenthumsverletzung enthält, sondern ob es geeignet ist, die Persönlichkeit des Nachbars zu verletzen. Diese Frage wird von Labeo verneint, von Javolen bejaht.

Während also auf der subjektiven Seite des Verletzenden die

---

[27]) Vgl. Pernice, M. A. L. II. S. 9

[28]) S. Note 6.

[29]) S. Note 5.

beiden Rechtslehrer über die Voraussetzung der a. inj. einig sind, differiren sie auf der objektiven der Rechtsstörung.

Nicht jede Handlung ist, auch wenn sie mit der Absicht zu beleidigen vorgenommen wird, geeignet, wirklich eine Beleidigung darzustellen, z. B. Wohlthaten, die ich erweise, um dadurch meinen geizigen Bruder zu kränken und in Anderer Augen herabzusetzen. Die Handlung muß von der Art sein, daß das Recht sie als Nichtachtung der Persönlichkeit auffaßt. Bekanntlich lehnt sich dabei das Recht an die Auffassung der Zeit, des Standes u. s. w. an. Derselbe Ausdruck, dieselbe Handlung enthält oft einer Person gegenüber, in einer Periode eine Beleidigung, einer andern Person gegenüber, zu einer andern Zeit nicht.

Da ist nun Labeo der Ansicht, das fumum facere, das projicere oder infundere seien für die Persönlichkeit des Nachbars so indifferent, daß das objektive Recht in ihnen keine Verletzung dieser Persönlichkeit erblicken könne. Javolen ist einer fortgeschritteneren Ansicht; er nimmt an, daß sich in diesen Handlungen eine Mißachtung der Persönlichkeit ausdrücken könne, und gewährt deshalb die actio injuriarum. Er hält es für nöthig, noch besonders darauf aufmerksam zu machen, daß der animus injuriae faciendae vorliegen müsse. Dieser an sich überflüssige Zusatz könnte vielleicht betonen, daß man das fumum facere u. s. w. nicht etwa als eine objektive Beleidigung, d. h. eine solche auffassen dürfe, wo auf Seiten des Beleidigenden nicht dolus (animus inj.), sondern bloße culpa vorliegt.

Will man aus der Stelle einen Schluß darauf ziehen, ob Labeo das fumum facere u. s. w. für eine Eigenthumsverletzung hält oder nicht, so muß dieser m. E. dahin lauten, daß Labeo darin allerdings eine Eigenthumsüberschreitung sieht.[30] Er wird gerade einen solchen Fall gewählt haben, um die Differenz zwischen dem Rechtsgebiet des Eigenthums und der Persönlichkeit zu zeigen. Dieselbe Handlung enthält ihm keine Verletzung der Persönlichkeit, obwohl eine solche des Eigenthums.

Das Resultat über die l. 44 ist: Die Stelle enthält nicht etwa einen Fall, in dem eine Rechtsverletzung allein durch bösen Willen (gerichtet auf eine Rechtsausübung) hervorgebracht wird, sondern

---

[30]) Vgl. dag. Pernice, M. A. L. II. S. 9.

die durch actio injuriarum geahndete Rechtsverletzung vereint subjektiven bösen Willen mit objektiver Rechtsstörung bezw. Rechtsüberschreitung.

L. 1 § 12 d. aq. et aq. 39, 3 (Ulpian): Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens, vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.

Nach Gesterding[31]) scheint sich aus dieser Stelle der allgemeine Grundsatz zu ergeben, daß man keine Bauten oder Anlagen machen dürfe, wenn sie ohne eigenen Nutzen, bloß zum Schaden oder Verdruß des Nachbarn gereichen sollen (actio de dolo).

Binding[32]) führt aus: in der l. 1 § 12 widerspreche es der aequitas, den Nachbar aus keinem andern Interesse, als aus dem unsittlichen Motiv, ihn zu schädigen, durch Ausübung eines Rechts um seine Quelle zu bringen. Binding nimmt nämlich eine geschichtliche Erweiterung des Dolusbegriffs durch Anerkennung der aequitas an. Es treten die Gebote der aequitas neben die Gebote des Rechts. Der Kampf der aequitas mit dem jus strictum sei nicht nur der Kampf eines formalistischen Rechts mit einem den Inhalt und das Zweckmoment des Rechts über die Form erhebenden und somit nicht nur ein Streit zweier Rechtssysteme, sondern es erhebe sich das sittliche Bewußtsein gegen die Asyle, welche ein formalistisches Recht der Unsittlichkeit darbiete. Die aequitas sei halb eine juristische, halb eine sittliche. Diese Doppelnatur theile sich dem dolus mit. Damit sei aber der dolus doch als widerrechtlich und nicht bloß unsittlich zu betrachten. Denn indem das römische Recht die aequitas als Fundament der actio und exceptio doli anerkenne, spreche es aus, daß die Erfüllung auch solcher Pflichten, die wir in unserer heutigen Auffassung lediglich als moralische bezeichnen, von Rechtswegen gefordert werde. Der dolus bleibe also auch in seinem Gegensatz zur aequitas ein widerrechtlicher. Es könne daher die Ausübung einer Befugniß nach dem jus strictum nicht dolos, wohl aber nach der aequitas dolos sein.

Nach dieser Deduktion ist die Rechtsausübung aus unsittlichem Motiv nach dem jus strictum eine berechtigte, nach der spätern aequitas eine widerrechtliche Handlung. Ist das wahr und durch

---

[31]) Gesterding, Nachforschungen III. S. 395.

[32]) Binding, Normen II. S. 296 f.

die l. 1 § 12 zu beweisen, so haben wir einen Fall, in dem durch den bloßen Willen ohne Ueberschreitung eines Rechts eine Rechtsverletzung entsteht, und dann sind die frühern Resultate über die Rechtsverletzung (§§ 3, 4) falsch.

Ich glaube aber, daß die Stelle im Einklang mit diesen Resultaten zu erklären ist.

Nehmen wir zunächst mit der bisherigen Erklärung der Stelle an, daß Ulpian entscheiden will: die actio doli ist zu gewähren, wenn der Grabende nicht seinen Acker verbessern, sondern dem Nachbar schaden will.[33]) Dann beruht die Differenz zwischen Marcellus und Ulpian auf folgendem Grunde:

> Marcellus denkt sich den Fall so: Der Eigenthümer hat das Recht, auf seinem Grundstück zu graben. Wenn er dadurch die Quelle des Nachbars ableitet und dies bezweckt, so liegt zwar subjektiv Dolus und objektiv Verletzung eines Nachbarguts vor, aber es ist trotzdem keine Rechtsverletzung vorhanden, weil das Graben ein Recht ist, und wo dies Recht ausgeübt wird, ihm nur ein verletzbares Gut, nicht aber Recht gegenübersteht. Darum gewährt Marcellus keine actio doli.
>
> Ulpian dagegen folgert: Das Graben ist zwar eine berechtigte Handlung, aber diese Handlung enthält eine mit ihr zeitlich zusammenfallende andere und unberechtigte Handlung, nämlich das fontem avertere. Dies fontem avertere bedeutet nicht bloß ableiten, sondern an sich ziehen. Das ergeben sowohl die Schlußworte unseres § 12 als der voraufgehende § 11. Dieser spricht ausdrücklich von aquam ex vicini in suum (sc. agrum) derivare und führt dann als Grund für die Nichtanwendbarkeit der actio aquae pluviae arcendae aus: prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur, nec quemquam hoc nomine teneri. Das avertere fontem, um sich zu nützen, in § 12 entspricht dem in suum derivare in § 11.

Das Ansichziehen von fremdem Wasser ist nun nach Labeo eine unberechtigte Handlung und nur in dem Ausnahmefall berechtigt, wo es geschieht, um den eigenen Acker zu verbessern. Liegt dieser Ausnahmefall nicht vor, so enthält die Handlung eine Rechts-

[33]) Die Erklärung, nach der Ulpian die actio doli nicht gewähren will, s. unten.

verletzung, die, wenn sich mit ihr dolus verbindet, durch actio doli geahndet wird. Es sind vorhanden: Rechtsüberschreitung auf der einen, Rechtsstörung auf der andern Seite und doloser Wille.[34])

Es ist aus der Stelle also nicht zu beweisen, daß die actio doli sich auf den bloßen dolus ohne Vorhandensein einer Rechtsüberschreitung gründet.

Ich glaube aber außerdem, daß Ulpian überhaupt nicht die actio doli gewähren will, aus folgenden Gründen:

Der Schlußsatz des § 12 von et sane ab enthält m. E. eine bloße Erläuterung dazu, weshalb Marcellus keine actio doli gewährt. Er ist zu übersetzen: „Und freilich kann man sie nicht haben, wenn es sich darum handelt, den Acker zu verbessern, nicht darum, zu schaden." Ulpian giebt also hier den Grund an, warum es von Marcellus abwegig sei, von einer actio de dolo zu sprechen, weil bei dem Fall gar nicht vorausgesetzt sei, daß ein dolus vorliege. Wollte Ulpian eine actio de dolo gestatten, so würde er eine andere Form gewählt haben. Wenn Marcellus von einer actio de dolo spricht, denkt er sich den Fall natürlich so, daß ein dolus, nämlich der animus nocendi vorliegt. Wenn nun Ulpian nicht, wie m. E. anzunehmen ist, die Frage als nicht dahin gehörig abweist, sondern eine actio de dolo gestatten will, so ist er gerade der entgegengesetzten Ansicht als Marcellus, der ja die Klage versagt. Dann würde er nicht sagen: freilich hat er sie nicht, sondern: im Gegentheil, er hat sie, wenn, wie Marcellus annimmt, der Fall von dolus begleitet ist. Marcellus sagt also: auch wenn in dem erzählten Fall dolus vorliegt, so giebt es doch keine actio de dolo (weil ein Recht ausgeübt ist). Ulpian setzt hinzu: das ist richtig, aber darum handelt es sich hier nicht.

L. 2 § 9 D. d. aq. e. aq. 39, 3 (Paulus): Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc est curare, ne influat. Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.

Labeo's Ansicht ist: Wenn Jemand einen Wasserstrom ab-

---

[34]) Ein solcher Gedankengang Ulpians würde auch bei Mommsens Umstellung der Stelle: nihil agi posse: et sane non debet habere nec de dolo actionem bestehen. Vgl. Pernice, M. A. L. II. S. 15 Note 15.

leitet, damit er nicht auf sein Grundstück gelangt und dadurch dem Nachbar Schaden zugefügt wird, so steht demselben doch keine actio aquae pluviae arcendae zu. Denn diese bezieht sich auf den Fall, wo das Zufließen verhindert wird. Paulus billigt diese Ansicht, jedoch mit einer Einschränkung: wenn er (der Ableitende) es nicht in der Absicht gethan hat, zu schaden, sondern, um nicht selbst Schaden zu erleiden.

E contrario folgt, daß Paulus eine actio aquae pluviae arcendae (als utilis) gewähren will, wenn das Ableiten des Wasserstroms geschieht nicht zu dem Zwecke, von sich Schaden abzuwenden, sondern, dem Nachbar zu schaden. Auch aus dieser Stelle folgt nicht, daß eine Rechtsausübung in böswilliger Absicht zur Rechtsverletzung wird. Es heißt: ein Wasserstrom wird abgeleitet, damit er nicht auf das eigene Grundstück gelangt. Das auf diesem Motiv beruhende Ableiten (obwohl es einen Eingriff in die Beschaffenheit des Nachbargrundstücks verursacht) ist eine berechtigte Handlung. Damit ist aber die Berechtigung, das Ableiten vorzunehmen, auf den Fall beschränkt, wo die eigene Noth es gebietet, sie enthält einen berechtigten Fall der Selbsthülfe. Es liegt im Wesen dieser Selbsthülfe, daß eigener Schade abgewandt werden soll. Sobald dies Motiv wegfällt, hat auch das Recht zu der Handlung aufgehört. Wird diese trotzdem vorgenommen, so ist sie eine Ueberschreitung eigenen und Verletzung fremden Rechts.

Prozessualisch würde die Sache so verlaufen: der Nachbar des Ableitenden klagt wegen Verletzung seines Eigenthums. Der Beklagte stützt sich einredend auf das Recht der Selbsthülfe (avertere ne aqua ad eum perveniat). Replikando bekämpft Kläger diese Einrede durch die Behauptung, daß das Ableiten geschah, um zu schaden, mithin nicht jenes Ausnahmerecht vorliegen kann. Würde er auf andere Weise darthun, daß keine Selbsthülfe vorliegt, so würde auch das die Einrede entkräften. Der Fall: ut tibi noceat, wird des Gegensatzes wegen (zu „Schaden abwenden“) gewählt sein.

L. 3 pr. D. d. oper. publ. 50, 10: Es soll einem Privatmann zustehen, ein opus novum sine auctoritate principis zu errichten, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat vel materiam seditionis praebeat vel circum, theatrum vel amphitheatrum sit.[35])

[35]) Vgl. Thomasius §§ 33, 34; Gesterding, Nachforschungen III. S. 393; Schweppe, röm. Priv.R. IV. Aufl. I. S. 311; Hesse, Rechtsverh. S. 229.

Es handelt sich zunächst um eine öffentliche Anlage, und muß schon darum Bedenken getragen werden, einer darauf bezüglichen Vorschrift allgemeine Geltung beizulegen. Es ist aber auch gar nicht von einem Fall die Rede, wo eine berechtigte Handlung durch aemulatio (chikanöse Absicht) zum Unrecht wird und darum schlechthin verboten ist, sondern nur von Kontrolirung solcher Anlagen, von Einholung einer Bewilligung derselben im administrativen Interesse der allgemeinen Sicherheit. Das wird bewiesen durch die Zusammenstellung von ad aemulationem pertinere und materiam seditionis praebere. Die Staatsgewalt als Sicherheits- und Wohlfahrtsbehörde will sich in diesen Fällen die Bewilligung vorbehalten, während sie im Uebrigen (nach Abzug der benannten Fälle) die Einrichtung öffentlicher Anlagen freistellt. Die Vorschrift karakterisirt sich also als eine lediglich polizeiliche.

L. 38 pr. D. d. r. v. 6, 1. Jemand hat auf einem fremden Grundstück, welches er in gutem Glauben gekauft hatte, eine Anlage gemacht. Das Grundstück wird evinzirt. Er hat in Betreff mancher impensae das jus tollendi, z. B. bei picturae das Recht des corradere. Dies corradere soll er unterlassen, wenn ihm der dominus das giebt, was er nach der Wegnahme haben würde; denn neque malitiis indulgendum est, si tectorium, puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias.[36])

Regel ist, daß wer ein Grundstück evinzirt, dasselbe ohne Ersatz so empfängt, wie es ist. Hiervon sind im Interesse der aequitas Ausnahmen gemacht, und eine dieser Ausnahmen ist die Gewährung des jus tollendi, welches jedoch von vorn herein nur mit der Beschränkung besteht, daß der die Aufwendung Machende auch mit dem Ersatz des Werthes, den die Sachen nach der Wegnahme haben, zufrieden sein muß. Hier haben wir also nicht ein Recht (jus tollendi), welches im Fall der chikanösen Ausübung durch einen Werthanspruch ersetzt, geschweige denn zur Rechtsverletzung wird, sondern von vorn herein ein alternatives Recht (tollere, Werthersatz), bei dem die Wahl dem Evinzirenden zusteht. Der Schlußsatz enthält nichts Anderes als ein Motiv zu der Gewährung des alternativen Rechts.

---

[36]) Thomasius §§ 37, 38; Schweppe, röm. Pr.R. I. S. 311 sprechen der Stelle Bedeutung für das Verbot der Chikane ab, weil es sich um ein corradere in alieno nondum factum handele.

Weil thatsächlich das tollere oft aus malitia geschehen würde, soll ein für alle Male dem Evinzirenden jene Wahl zustehen. Er kann nicht bloß dann den Ersatz gewähren, wenn er dem Gegner eine malitia nachweist (dann wäre die Vorschrift höchst unpraktisch), sondern in jedem Falle.

In neuerer Zeit sind noch mehrere Stellen für das Verbot der Chikane herangezogen.[37]) Aber auch in ihnen ist überall neben einem bösen Willen eine Rechtsüberschreitung, nicht aber eine Rechtsausübung vorhanden.

L. 39 pr. D. a. leg. Aq. 9, 2 (Pomponius): Quintus Mucius scribit: Equa cum in alieno pasceretur, in cogendo, quod praegnans erat, ejecit: Quaerebatur, dominus ejus possetne cum eo, qui coëgisset, lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse.

Die actio legis Aquiliae soll hier gewährt werden, wenn der Eigenthümer die auf seinem Grundstück weidende Stute absichtlich zu schnell fortgetrieben hat. Die Absicht ist: dem Eigenthümer zu schaden, die Handlung: das zu schnell Treiben. Diese Handlung ist nicht eine Rechtsausübung. Rechtsausübung ist nur das agere an sich, nicht das vehementius agere. Pomponius begründet dies in § 1, indem er sagt: Wer fremdes Vieh auf seinem Acker antrifft, muß es so forttreiben, als wenn er sein eigenes angetroffen hätte. Er fügt noch hinzu: vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat. In dem zu schnell Treiben liegt also, mag es mit oder ohne Absicht geschehen, eine Rechtsüberschreitung bezw. Rechtsstörung. Eine weitere Frage ist erst, in wiefern Bewußtsein von dieser Rechtsstörung und dem dadurch verursachten Schaden (dolus oder culpa) vorhanden sein muß, um den Schutz der actio legis Aquiliae zu gewähren. In dieser Hinsicht ist m. E. das consulto unserer Stelle nicht als dolus in dem Sinne aufzufassen, daß ein Wissen von der durch das vehementius agere verursachten Folge vorhanden ist, daß also das vehementius agere in der dolosen Absicht geschehe, dadurch einen Schaden herbeizuführen. Das consulto wird vielmehr lediglich auf das vehementius agere zu beziehen sein (Wissen, daß zu schnell getrieben wird), so daß schon die hierdurch

[37]) Pernice, Sachbeschädigung S. 43 ff. Ders. M. A. L. II. S. 14 f.

veranlaßte kulpose Beschädigung (Wissen=Müssen der Folgen) zur actio legis Aquiliae berechtigt.

L. 2 § 20 D. vi bon. r. 47, 8 (Ulpianus): Si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat contra legem vectigalis aliquid a me factum: quamvis erraverit, agi tamen cum eo vi bonorum raptorum non posse, Labeo ait: sane dolo caret. Si tamen ideo inclusit, ne pascatur et ut fame periret: etiam utili lege Aquilia.

Das Recht des publicanus beschränkt sich darauf, wegen eines Verstoßes gegen das Steuergesetz Vieh wegzunehmen. Wo das Wegnehmen ohne einen solchen Verstoß geschieht, da liegt eine Rechtsüberschreitung vor. Diese berechtigt zur actio vi bonorum raptorum nur dann, wenn sie mit dolus verbunden ist: ne pascatur et ut fame periret. Mit dieser Klage konkurrirt dann noch die utilis actio legis Aquiliae. Keinesfalls verbindet sich also der dolus mit einer Rechtsausübung.

L. 45 § 4 D. a. leg. Aq. 9, 2: Es ist erlaubt, den, qui vim infert, ferire; et hoc, si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit.

Das Recht des ferire reicht also nur soweit, als die Nothwehr es gebietet, darüber hinaus liegt Rechtsüberschreitung vor. Ein Beispiel ist der Fall des ferire, um sich zu rächen.

L. 27 D. d. pign. et hyp. 20, 1 (Marcellus): Jemand fesselt seinen Sklaven, den er verpfändet hat. Dieser wird hierdurch werthloser. Der Gläubiger, der auf andere Weise seine Befriedigung nicht erlangen kann, verkauft den verpfändeten Sklaven. Es fragt sich, ob er die Summe, um welche der Sklave durch das in Fesseln Halten werthloser geworden ist, vom Schuldner verlangen kann. Ulpianus notat: si ut creditori noceret, vinxit, tenebitur, si merentem, non tenebitur.

Der Herr darf seinen Sklaven zwar im Allgemeinen fesseln, wann er will, aber nicht mehr dann, wenn er ihn verpfändet hat. In diesem Fall muß er auf das Interesse des Gläubigers Rücksicht nehmen: er darf den Sklaven nur dann fesseln, wenn dieser es verdient. Soweit reicht sein Recht. Darüber hinaus ist er im Unrecht, und ein dadurch angerichteter Schade enthält eine Rechtsverletzung. Das ist z. B. der Fall, wenn der Herr den Sklaven fesselt, um dem Gläubiger zu schaden. Auch hier bezieht sich der dolus auf eine Rechtsüberschreitung, nicht auf eine Rechtsausübung.

L. 17 § 1 D. d. usufr. 7, 1: Ex eo, „ne deteriorem conditionem fructuarii faciat proprietarius“, solet quaeri, an servum dominus coërcere possit? Et Aristo apud Cassium notat, plenissimam eum coërcitionem habere, si modo sine dolo malo faciat.

Hier liegt der Fall ganz ähnlich wie in der vorigen l. 27 D. 20, 1. Der Herr eines im fremden Nießbrauch stehenden Sklaven darf nicht conditionem fructuarii deteriorem facere. Eine Deteriorirung enthält also eine Rechtsverletzung des Usufruktuars. Seinerseits hat aber der Herr das Recht, den Sklaven zu strafen (coërcitio). Geschah die Deteriorirung in Folge einer solchen Bestrafung, so ist keine Rechtsverletzung des Usufruktuars vorhanden. Das „Strafen“ setzt nun voraus, daß die Züchtigung wegen des Betragens des Sklaven geschieht (dasselbe, was in der vorigen l. 27 D. 20, 1 der Ausdruck merentem besagt). Sobald die Züchtigung aus einem andern Motiv hervorgeht, ist sie kein Recht. Jede Züchtigung eines servus usufructuarius, die nicht zur Strafe geschieht, ist Rechtsüberschreitung. Auf diese letztere bezieht sich der dolus malus des dominus, die Absicht, dem usufructuarius zu schaden.

Das bisherige Resultat ist folgendes: Jede Rechtsverletzung setzt eine durch einen menschlichen Willen vorgenommene Rechtsüberschreitung voraus. Der Wille kann ein doloser sein. Der dolose Wille ohne Rechtsüberschreitung, also der auf eine Rechtsausübung gerichtete Wille bringt niemals eine Rechtsverletzung zu Stande. Die Chikane als Rechtsausübung in der Absicht, einem Andern zu schaden, kann daher keine Rechtsverletzung darstellen. Die Stellen des corpus juris, aus welchen trotzdem eine solche hervorgehen soll, sprechen entweder nicht von einem auf den Schaden eines Andern gerichteten Willen, oder dieser Wille bezieht sich nicht auf eine Rechtsausübung, sondern auf eine Rechtsüberschreitung.

## § 7.

Es ist, um durch die chikanöse Rechtsausübung zu einer Rechtsverletzung und damit zu einem Verbot der Chikane zu gelangen, noch ein ferneres Moment herangezogen. Man sagt: Die Rechtsausübung in der Absicht, einem Andern zu schaden, enthält dann eine Rechtsverletzung, wenn sie ohne eigenes Interesse vorgenommen wird. (§ 1 Chikane im engeren Sinne.) Es ist daher noch zu untersuchen, ob eine Rechtsausübung ohne Interesse eine Rechtsverletzung bilden

kann. Ist das der Fall, dann ist auch das Verbot der Chikane ein theoretisch begründetes. Ich glaube jedoch, daß man auch auf diesem Wege zu keiner Rechtsverletzung gelangen kann.

Wenn man die Frage: kann Rechtsausübung ohne Interesse eine Rechtsverletzung enthalten? bejaht, so stellt man damit das Verlangen, daß zu einem Recht, damit es ausgeübt werden dürfe, unter Umständen das augenblickliche Interesse seines Inhabers hinzukommen müsse, d. h. daß objektiv die Ausübung dem Inhaber einen Nutzen gewähren oder dieser subjektiv mit der Ausübung einen Nutzen bezwecken müsse. Man nimmt alsdann an, daß ohne solches Interesse seines Inhabers die Rechtsausübung eine Rechtsverletzung enthalten könne, daß das Recht in einem solchen Falle über seine Grenzen hinausgegangen, zum Nichtrecht oder Unrecht geworden sei. Anders ausgedrückt heißt das: damit das Recht Recht bleibe, muß es mit Interesse seines Inhabers verbunden sein, oder: das Interesse seines Inhabers ist Existenzmoment des Rechts.

Dieser Satz läßt sich aber in doppelter Richtung entkräften, indem sich nachweisen läßt:

1. daß das Recht unabhängig ist von dem augenblicklichen Interesse seines Inhabers,
2. daß das Recht überhaupt ohne Subjekt, also um so mehr ohne Interesse desselben bestehen kann.

Ist danach das Interesse des Subjekts nicht Existenzmoment des Rechts, so kann das Recht dadurch, daß es ohne Interesse ausgeübt wird, nicht zum Unrecht werden, also keine Rechtsverletzung darstellen.

## § 8.

I. Das Recht ist unabhängig von dem augenblicklichen Interesse seines Inhabers. Als Wesen des Rechts wird von den Einen der Wille, von den Andern das Interesse bezeichnet. Das Recht umfaßt aber Beides, ist Willens-Interesse. Jede Handlung eines Menschen ist durch den Willen, der seinerseits durch ein Interesse, d. h. eine ihn in Bewegung setzende Vorstellung erregt wird, hervorgebracht. Jede Handlung des Einzelnen ist in die Wirklichkeit umgesetztes Willens-Interesse. Diesem stellt sich das den Einzelnen zwingende Willens-Interesse der Gesammtheit, das objektive Recht, entgegen. Dasselbe schafft und begrenzt seinerseits das subjektive Recht, indem es das Umsetzen des Willens-Interesse der Einzelnen in Handlungen

in von ihm bestimmtem Umfange schützt. Das objektive Recht nimmt nun zwar das Willens-Interesse des Einzelnen als Stoff der subjektiven Rechte, ohne daß es aber die Existenz der Rechte von dem fortwährenden Vorhandensein sowohl des Willens als des Interesse seiner Inhaber abhängig macht. (Man denke an Kinder, Wahnsinnige.) Das Willens-Interesse des subjektiven Rechts tritt dem des Inhabers gegenüber.[38])

II. Das Recht kann zeitweilig ohne Inhaber bestehen.

Diese Frage ist bei Gelegenheit des Streites über das Wesen der hereditas jacens angeregt. Sie ist von Windscheid und Köppen unbedingt bejaht,[39]) sonst meist verneint.[40]) Ihering in der Abhandlung „Passive Wirkungen der Rechte"[41]) hält den Satz, daß Rechte und Verbindlichkeiten nicht ohne Subjekt existiren können, für „eine der unbestreitbarsten, selbstverständlichsten Wahrheiten," so unbestreitbar, daß er es gar nicht für nöthig findet, zu dem, was anderweitig zur Widerlegung der entgegengesetzten Behauptung vorgebracht ist, nur ein Wort hinzuzufügen. Er giebt dann in den nächsten Zeilen als Aufgabe der Abhandlung an: unsere Wissenschaft von dem Vorurtheil zu befreien, daß ein Recht bei vorübergehendem Wegfall des Subjekts überall keine Wirkungen äußern könne.

Also: ein Recht kann ohne Subjekt nicht existiren, aber doch wirken. Das scheint mir eine Antithese zu sein, die einen offenen Widerspruch enthält, denn was nicht existirt, kann auch nicht wirken. Dieser Widerspruch ist m. E. auch in der Folge der Abhandlung nicht gelöst. Die passiven Wirkungen, welche das Recht bei seinem normalen Bestande auf die Außenwelt ausübt, d. h. der Zustand rechtlicher Beschränktheit oder Gebundenheit, in den die Sache oder Person durch das Recht versetzt wird, sollen anstatt der Fortdauer

---

[38]) So ist der Werth einer Sache zunächst die im Individuum liegende Schätzung derselben für seine Zwecke („Zweckbeziehung des Menschen auf die Sache"). Ihering, Zweck im Recht S. 30, 73). Diese Schätzung wird generalisirt, auf die Sache geworfen und tritt nun als etwas ganz Neues, vom Individuum Unabhängiges, als Werth der Sache auf.

[39]) Windscheid, kritische Ueberschau I. S. 186 ff. Ders. die actio des röm. Civilrechts S. 233 ff. Köppen, Erbschaft S. 9—22. Ders., System des röm. Erbrechts S. 235—248.

[40]) Unger, kritische Ueberschau VI. S. 156—171.

[41]) Iherings Jahrbücher X. S. 387 ff.

des Rechts die Fortdauer der einen Seite des Rechts darstellen, und weil Zweck und Bestimmung ausschließlich in das Subjekt gesetzt wird, soll ein subjektloses Recht contradictio in adjecto sein, gleichwie ein Messer ohne Klinge.[42])

Aber ist Etwas, das Zweck und Bestimmung für ein Ding ist, damit auch Wesensbestandtheil? Nach unserer Naturanschauung hat die ganze belebte und unbelebte Natur den Zweck und die Bestimmung, dem Menschen zu dienen.[43]) Darum wird man jedoch, wenn man nicht dem absolutesten Idealismus in der Philosophie huldigt, den Menschen nicht für eine Existenzbedingung der Natur halten. Und wenn Jhering von einem normalen Bestand des Rechts spricht (wo ein Subjekt vorhanden ist), so liegt nichts näher, als beim Mangel des Subjekts, der ja in der That die Ausnahme bildet, von einem anomalen Bestand, der aber immer noch Bestand ist, zu sprechen, und demgemäß das Bild vom Messer umzukehren und zu sagen: Das Recht ohne Subjekt ist gleich einem Messer, dem zeitweilig der Stil, die Handhabe fehlt, das aber darum doch Messer bleibt.

Einmal heißt es in der Abhandlung:[44]) Mit dem Wegfall des Subjekts ist das Recht in seiner juristischen Existenz getroffen, und zwar, da eine halbe Existenz nicht möglich ist, derselben beraubt. Dagegen heißt es ein ander Mal:[45]) Weil der Zweck (den Bedürfnissen, Interessen, Zielen des Subjekts, nicht aber denen des augenblicklichen Subjekts zu dienen) über Dasein und Nichtdasein der Rechte entscheidet, gehen diejenigen Rechte, welche mit dem Tode des Subjekts ihren Zweck noch nicht erreicht haben, nicht unter. Eine andere Stelle[46]) bezeichnet den nach dem Tode des Subjekts eintretenden subjektlosen Zwischenzustand als Kontinuität des Lebens bei mangelnder Bewegung. Bei Grundbucheintragungen, wo der Gläubiger Eigenthümer des belasteten Grundstücks geworden ist, wird gesagt:[47]) Das Recht dauert seiner Bestimmung zufolge unverändert

---

[42]) Das. S. 391.

[43]) Vgl. l. 28 § 1 D. de usur. 22,1 ... Cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.

[44]) S. 409.

[45]) S. 415.

[46]) S. 417.

[47]) S. 457.

fort. Wenn für das Vermögen eines Gefangenen ein Kurator klagt, wird argumentirt:[48]) Hier ist nicht ein Recht ohne Subjekt, sondern eine Beziehung zu einem Subjekt vorhanden, nur daß es ein zukünftiges ist. Der Kurator klagt nicht abstrakt, objektiv, absolut eine Schuld ein, sondern für die Person des künftig Berechtigten. Die Klage enthält eine antizipirte Geltendmachung eines zukünftigen Rechts.

Allerdings ist eine Beziehung zu einem Subjekt vorhanden, denn der Zweck ist, einem (zukünftigen) Subjekt zu dienen. Während aber der Kurator eine fällige Schuld für das Vermögen des Gefangenen einklagt, ist jedenfalls ein Subjekt nicht vorhanden, und da erscheint es mir natürlicher als die Annahme, er klage ein zukünftiges Recht ein, zu sagen: er klagt ein gegenwärtiges Recht ein, das erst später seinen Herrn finden soll.

Wenn man also nicht über den Grundsatz hinwegkommt, daß ein Recht, welches wirkt, auch eine Existenz haben muß, und wenn andererseits Ihering in seiner Abhandlung uns eine Fülle von rechtlichen Erscheinungen vorführt, in welchen Rechte, deren Subjekt zeitweilig fortgefallen ist, oder für welche ein Subjekt vorläufig noch nicht vorhanden ist, trotzdem passive Wirkungen äußern, so ist jene Abhandlung ein glänzender Beweis dafür, daß Rechte ohne Subjekt existiren können. Und selbst wenn wir nicht diese Beweise hätten, daß Rechte ohne Subjekt Wirkungen äußern, ja wenn ein Recht zeitweilig gar nicht in der Lage wäre, zu wirken, so würde doch kein Widerspruch vorhanden sein, wenn man ihm trotzdem eine Existenz zuschriebe. Denn Existiren und Wirken sind zwei sich keineswegs deckende Begriffe. Auch unsere Vorstellungen ruhen oft viele Jahre lang im Schooße unseres Gedächtnisses, erst dem Greise drängt sich wieder die Vorstellung auf, die ein Jugendeindruck geschaffen. Was war sie in der Zwischenzeit? Nichts? Aus Nichts wird Nichts; Etwas, das einmal Nichts geworden, kann nie wieder dasselbe Etwas, ja überhaupt ein Etwas werden. Nein, die Vorstellung existirte, aber sie wirkte nicht, und so existirt auch das Recht ohne Subjekt, aber es wirkt zeitweise nicht, wenigstens nicht normal. Die normale Wirkung des Rechts ist diejenige, welche durch sein Subjekt hervorgebracht wird, alle die Wirkungen, welche Ihering als passive auf-

[48]) S. 432.

führt, sind anormale, wie, um nochmals das Gleichniß der Vorstellung zu gebrauchen, diese normal eine bewußte, anormal eine traumhafte ist.

Ich fasse dies dahin zusammen: Ein Recht ohne Subjekt ist ein Recht, aber es ist aktiv gebunden, d. h. in seiner normalen, durch ein handelndes Subjekt hervorgebrachten Wirksamkeit behindert.[49])

§ 9.

Kehren wir nun zur Chikane zurück, so ist das Endresultat folgendes: Ein Verbot der Chikane würde sich nur dann rechtfertigen lassen, wenn sich in der Chikane eine Rechtsverletzung finden ließe. Diese ist aber, mag man den Begriff Chikane in weiterem Sinne (Rechtsausübung in der Absicht zu schaden) oder in engerem Sinne (ohne eigenes Interesse) fassen, nicht vorhanden. Mithin muß man das Verbot der Chikane aus der Rechtswissenschaft streichen. Das Verbot beruht auf einer Verkennung der Grenzen zwischen Moral und Recht. Die Moral wird jegliche Chikane verdammen, aber das Recht darf nur dann mit seiner zwingenden Macht eintreten, wenn ein Recht verletzt ist.

Praktisch würde ein durchgeführtes Verbot der Chikane wegen der Schwierigkeit der Beweise nimmer seinen Zweck, Verhinderung chikanöser Rechtsausübung, erreichen, und andererseits würde es der chikanösen Belästigung dessen, der sein Recht ausübt, Vorschub leisten.

Einen Weg giebt es, um der Chikane entgegenzuarbeiten. Wo die Erfahrung häufiges Vorkommen der Chikane beweist, da mache das objektive Recht die Chikane zur ratio des Gesetzes und verbiete die Handlung ganz, wie etwa das lübische Recht das Anlegen von Fenstern nach dem Nachbargrundstücke zu verbietet.[50]

---

[49]) Auf einen ganz andern Weg gelangt man, wenn man die Begriffe Subjekt und Mensch scheidet und das Recht selber zum Subjekt macht. Vgl. Bekker, zur Lehre vom Rechtssubjekt in Iherings Jahrb. XII. S. 15.

[50]) Vgl. § 6; l. 38 pr. D. d. r. v. 6,1.

## 18.

# Der gewillkürte Gerichtsstand.

Von Herrn Dr. Adolf Wach.

---

In meinem akademischen Programm, welches ich im Archiv für civilistische Praxis Bd. 62 S. 373 erweitert zum Abdruck brachte, habe ich das Prinzip des gewillkürten Gerichtsstandes (forum prorogatum) erörtert. Nicht in ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung der Parteien, sondern in der Thatsache der Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt durch Versäumniß der Einrede der Unzuständigkeit fand ich das Prinzip der Prorogation im Prozeß. Der Kompetenzgrund schien mir nicht in dem konstituirenden Willen der Parteien, sondern in dem rein objektiven Thatbestand der vorbehaltlosen Einlassung vor dem unzuständigen Gericht zu liegen. Dieses Prinzip nannte ich Präklusionsprinzip, da das Gesetz den Eintritt der Zuständigkeit an den Moment knüpft, in welchem die Einrede der Unzuständigkeit ausgeschlossen ist (§§ 247, 39). Als Folgerung ergab sich, daß im Versäumnißfall bei noch möglicher Prorogation der Richter seine (erstreckbare) sachliche und örtliche Unzuständigkeit nicht auszusprechen hat. Denn die Versäumniß wirkt den Kompetenzgrund, macht den unzuständigen Richter zuständig.

Diese Ansicht hat gegen sich die Terminologie des Gesetzes, die Motive, wie es scheint auch die Reichs-Justizkommissions-Protokolle, und jedenfalls die allgemeine Meinung der Schriftsteller. Ihr Stand ist also hart und sie wird, selbst wenn sie richtig ist, nur allmählich Anhänger werben. Es haben sich denn auch Struckmann und Koch unter Anerkennung der größeren inneren Berechtigung des Präklusionsprinzips mit Berufung auf das Gesetz und die Motive gegen mich erklärt. Sie geben nur zu, daß „nebenher“ d. h. neben dem Vereinbarungsgedanken das Präklusionsprinzip wirke. Und ebenso hat Gaupp in beachtenswerther Bemerkung die Vereinbarkeit meiner Meinung mit dem Gesetz bestritten.[1])

---

[1]) Die Civilprozeßordnung II. Bd. S. 188, Petersen in Busch Zeitschrift II. Bd. S. 191 kennt meine Abhandlung nicht; Kräwel daselbst II. Bd. S. 417 wiederholt die von den gen. Schriftstellern angeführten Gründe; soweit sich seine Abhandlung auf meine Ausführungen S. 387 ff. bezieht, beruht sie auf Mißverständnissen.

Aber nicht nur Widerspruch habe ich gefunden. Bülow[2]) hat für das Präklusionsprinzip neue und wichtige Belege gegeben; Fitting[3]) unterwirft neuerdings die Frage der Prorogation im Versäumnißfall eingehender Untersuchung und gelangt zu meinem Resultat.

Es wäre dies Veranlassung genug, vorerst in dieser Sache zu schweigen. Aber zwei Umstände nöthigen mich, schon jetzt zu reden. Fitting hat eine dogmatische Konstruktion des Zuständigkeitsgrundes versucht, welche mir bei aller Scharfsinnigkeit der Begründung sehr bedenklich scheint. Er nimmt an, daß in den Fällen denkbarer Prorogation nicht durch Prorogation Zuständigkeit geschaffen wird, sondern daß durch die Versäumniß der Einrede der Unzuständigkeit die vorhandene Zuständigkeit intakt bleibt. Der Gebrauch der begründeten s. g. Einrede der Unzuständigkeit rügt nicht vorhandene Unzuständigkeit, sondern befreit von der an sich vorhandenen Zuständigkeit.

Der zweite Grund, welcher mich zu reden veranlaßt, ist eine Entscheidung des ersten Civilsenats des Reichsgerichts vom 26. Mai 1880 in Sachen Schw. in G., Klägers und Revisionsklägers, gegen K. in B., Beklagten und Revisionsbeklagten, (Oberlandesgericht zu Jena). Dieses Urtheil spricht sich für das Vereinbarungsprinzip aus und fordert vom Richter die Offizialprüfung seiner Zuständigkeit im Versäumnißfalle unter allen Umständen. Das nöthigt bei der großen praktischen Bedeutung der Frage und dem voraussichtlichen Einfluß der Entscheidung des Reichsgerichts zur sofortigen Revision der Begründung für und wider.

Dabei darf ich sowohl meine, wie Fittings Ausführungen im Archiv für civilistische Praxis als meinen Lesern bekannt voraussetzen. Das Folgende soll nur nachprüfen und ergänzen, nicht die sämmtlichen beigebrachten Argumente erneuern. Und weiter muß ich vorausschicken, daß der Ausgangspunkt meiner folgenden Betrachtung der Satz ist, daß den Motiven keine Gesetzeskraft inne wohnt, daß bei der Interpretation des Gesetzes die logische Konsequenz aus seinen Prinzipien einer ihnen widersprechenden Aeußerung der Motive vorgeht. Wer diesen Satz nicht zugiebt, der mag sich die

[2]) Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 41 ff.

[3]) Archiv für civ. Praxis Bd. 63 S. 222 ff.

Lektüre des Folgenden sparen. Sie würde für ihn verlorene Zeit sein. Ihm haben die Motive bereits die beregte Streitfrage entschieden.

## I.

Es handelt sich um die amtliche Prüfung einer Zuständigkeit im Versäumnißfalle bei möglicher Prorogation.

Daß der Richter nur als zuständiger Richter urtheilen darf, daß er zuständig sein muß, bevor er urtheilt, daß er daher auch sich seiner Zuständigkeit vor dem Urtheil von Amtswegen zu vergewissern hat, das Alles ist selbstverständlich und von Niemandem bestritten. Der Berufung auf diese Sätze hätte es also in der reichsgerichtlichen Entscheidung gegen mich nicht bedurft.

Es fragt sich auch nicht, ob der gesetzlich unzuständige Richter seine Unzuständigkeit aussprechen darf bei denkbarer Prorogation und so lange sie denkbar ist. Denn daß er das nicht darf, ist über allen Zweifel erhaben. Es fragt sich allein, ob solche gerichtliche Prorogation sich im Versäumnißfalle durch Säumniß des Beklagten vollzieht und daher der Richter das Versäumnißurtheil ohne vorgängige Prüfung seiner Zuständigkeit erlassen muß, weil ihn die Säumniß zuständig macht. Thut sie das, so kommt die vorher vorhandene Zuständigkeit so wenig in Betracht, wie im Falle der kontradiktorischen Verhandlung, wenn der Beklagte sich vor dem unzuständigen Gericht auf die Hauptsache einläßt. Macht die Säumniß nicht zuständig, dann muß die Frage der gesetzlichen Zuständigkeit gestellt und beantwortet werden.[1])

Die Kontroverse betrifft sowohl die sachliche, wie die örtliche erstreckbare Kompetenzordnung.

Es mag gestattet sein, zuerst die praktische Seite der Kontroverse zu betrachten. Ich stelle mich auf den Standpunkt meiner Gegner, nehme also an, daß in der Versäumniß keine Prorogation liegt. Die Folgen für unser Rechtsleben gestalten sich dann ver-

---

[1]) Daß ich so und nicht anders die Sache gedacht habe, ersieht man aus meiner Abhandlung S. 385: „Prorogation schließt jede Offizialprüfung der Kompetenz aus" (denn sie macht kompetent). „Dagegen greift Offizialprüfung Platz, wenn eine Erstreckung der Gerichtsbarkeit nicht möglich ist. Der Richter darf sich nicht unzuständig erklären, wenn prorogirt wird, aber er muß sich unzuständig erklären, wenn nicht prorogirt wird, resp. nicht prorogirt werden kann."

schieden, je nachdem man mit der R.J.K.[5]) die s. g. affirmative Litiskontestation des § 296 auf die Kompetenzbehauptungen ausdehnt und eintreten läßt vor der Prüfung der Kompetenzfrage und als Unterlage für ihre Beantwortung, oder wenn man die Anwendung der poena confessi des § 296 auf die Kompetenzbehauptungen für unanwendbar hält. Im ersteren Falle hat der Richter nur nach dem eigenen Vorbringen des Klägers zu prüfen, ob er zuständig oder unzuständig ist. Es wird ihm nur Beurtheilung des Klagvorbringens hinsichtlich der Kompetenzfrage, nicht amtliche Untersuchung derselben angesonnen. Ergeben die Klagebehauptungen die Zuständigkeit, so ergeht das Versäumnißurtheil, auch wenn jene völlig aus der Luft gegriffen sind; ergeben sie die Zuständigkeit nicht, so wird das Versäumnißurtheil versagt. Eine Vervollständigung der unvollständigen Kompetenzbehauptungen kann nur nach Maßgabe des § 300 Nr. 3 behandelt werden. Die Folge dieser Ansicht ist, daß der Kläger, wenn er sich nicht der Versagung des Versäumnißurtheils aussetzen will, allemal genaue Angaben über den örtlichen Kompetenzgrund beziehungsweise den Werth des Streitgegenstandes[6]) machen muß. Und man könnte nun darüber streiten, ob beispielsweise Klagen, in denen, wie es unendlich häufig geschieht, die einzige Kompetenzbehauptung in der Angabe der Parteiadresse, („zu“ oder „in Leipzig“) liegt, für den Versäumnißfall genügen. Ich würde glauben verneinen zu müssen, da solche allgemeine örtliche Bezeichnung nichts mehr als den Aufenthalt, aber durchaus nicht den Wohnort enthält und noch viel weniger Aufschluß darüber giebt, ob der Beklagte überhaupt weder in Deutschland noch im Auslande einen Wohnsitz hat (§ 18). Daß mit dieser Auffassung und ihrer strengen Befolgung seitens der Gerichte eine massenhafte Abweisung durchaus korrekt in ihrem Gerichtsstand erhobener Klagen die Folge wäre, liegt auf der Hand.

Theilt man die Ansicht der R.J.K. nicht, so muß in allen Fällen, gleichviel ob die Klage Kompetenzbehauptungen enthält oder nicht enthält, die Feststellung der Zuständigkeit von Amtswegen erfolgen. Allerdings hat dabei der Richter leichtes Spiel, wenn das eigene Vorbringen des Klägers die Unzuständigkeit ergiebt. Andernfalls aber erwächst dem Gericht wie der Partei eine Zeit und

---

[5]) Dieser Abkürzung bediene ich mich für „Reichs-Justizkommission“.

[6]) Vgl. hierzu meine Abhandlung S. 392.

Kosten verursachende Untersuchung und Beweisführung. Der § 300 Nr. 3 käme, da die poena confessi für die Kompetenzbehauptungen nicht zutrifft, nicht in Anwendung. Es könnte also der Kläger in der mündlichen Verhandlung den Zuständigkeitsgrund neu vorbringen und es müßte derselbe allemal bewiesen werden. Dabei wäre, wie überhaupt bei der Offizialprüfung einer Thatsache, der Richter berechtigt, seine eigene Wissenschaft zu benutzen [7]) und sich die Beweise von Amtswegen zu verschaffen.

Der praktische Nutzen, welchen diese Offizialprüfung brächte, stünde zu dem Nachtheile der Belästigung der Parteien und des Gerichts in keinem Verhältniß. Ist die Zuständigkeit vorhanden, so liegt ihre Feststellung in Niemandes Interesse. Verunglückt der Beweis vorhandener Zuständigkeit, so wird der Kläger geschädigt. Wird die vorhandene Unzuständigkeit erkannt und deshalb das Versäumnißurtheil versagt, so ist damit allerdings dem Beklagten gedient. Aber es ist nicht abzusehen, weshalb hier der Staat dem faulen Beklagten bevormundend zu Hülfe kommen soll, der sich nicht einmal die Mühe giebt, Widerspruch gegen die Klage zu erheben. Vollends zwecklos erscheint die Offizialprüfung und das Aussprechen der Unzuständigkeit, wenn der säumige Beklagte die Klage schriftlich beantwortete, aber die Zuständigkeitsfrage nicht berührte, oder wenn er in der mündlichen Verhandlung zwar erscheint, aber nicht verhandelt. [8]) Nur in einem Falle kann die Offizialprüfung mit guten praktischen Gründen gestützt werden, nämlich dann, wenn der Beklagte von der Klage keine Kunde bekommt, und gerade deshalb keine Kunde bekommt, weil die Klage beim unzuständigen Gericht erhoben wird und er von der ediktalen Zustellung und Ladung nichts

---

[7]) Nicht so bei dem Beweise der die Sache selbst betreffenden Behauptungen der Parteien: vgl. meine Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung, Bonn 1879 S. 154 ff. Jetzt wieder dagegen von Canstein in Busch Zeitschrift II. S. 354 Note 53. Gegen ihn ist auch zu vergleichen die von Canstein nicht beachtete Bestimmung des G.V.G. § 118: „über Gegenstände, zu deren Beurtheilung eine kaufmännische Begutachtung genügt, sowie über das Bestehen von Handelsgebräuchen kann die Kammer für Handelssachen auf Grund eigner Sachkunde und Wissenschaft entscheiden." Die anderweiten polemischen Ausführungen Cansteins werden gelegentlich ihre Beantwortung finden. Es mag nur gleich hier bemerkt werden, daß ich mir seine Verwerthung des Begriffs der „Gewißheit" im Gegensatz zur „Ueberzeugung als Beweisresultat" nicht aneignen kann.

[8]) Vgl. über diese Fälle meine Abhandlung S. 383 ff.

erfährt. Hier wird durch die Annahme der Prorogation im Versäumnißfalle die Gefahr einer betrügerischen Spekulation auf die beklagtische Versäumniß nahe gelegt. Aber ich bemerkte bereits an anderer Stelle,[9]) daß dieselbe Gefahr sich ergiebt, wenn man sich auf den Standpunkt der R.J.K. stellt. Sie liefert den Beklagten ebenfalls an den lügenhaft Kompetenzthatsachen behauptenden Kläger aus. Das ist denn auch der R.J.K. nicht verborgen geblieben. Aber man wies die beregte Befürchtung als eine mehr theoretische, denn praktische zurück.[10]) Und diese Auffassung dürfen wir uns um so mehr aneignen, als selbst die strengste Meinung, welche allemal die amtliche Feststellung mit Ausschluß der poena confessi fordert, keine Garantie ausreichenden Schutzes für den Beklagten bietet. Es wird zutreffend von den Motiven der C.P.O. zu §§ 38—40 bemerkt: Der säumige Beklagte laufe immer die Gefahr, daß das Gericht „seiner Unzuständigkeit unerachtet gegen ihn in contumaciam erkenne; er müsse dann rechtzeitig den Einspruch einlegen und die Aufhebung des Urtheils wegen Mangels der Zuständigkeit beantragen, widrigenfalls das Urtheil, obgleich von einem an sich unzuständigen Gericht erlassen, in Rechtskraft übergehe."

Hiermit ist denn auch zugleich die Remedur gegen die üblen praktischen Konsequenzen der von mir vertretenen Ansicht bezeichnet. Nimmt man bei denkbarer Prorogation die Versäumniß als wirkliche Prorogation und giebt man also unterschiedslos das Versäumnißurtheil nach § 296, so bleibt doch dem Beklagten der Schutz, durch Einspruch jedes derartige Urtheil zu beseitigen, und das muß genügen. Denn die Einrede der Unzuständigkeit wird durch die Annahme der aus der Säumniß gefolgerten Prorogation im Einspruchsfall nicht abgeschnitten. Wie der Einspruch die Versäumniß wieder tilgt und die Sache in den status quo ante zurückführt,[11]) so hebt sie auch die Folge der Versäumniß, welche ist der Eintritt der Prorogation.

Sollte freilich der Einspruch nicht mehr möglich sein (§ 310), so kann das Urtheil mit der Berufung wegen Unzuständigkeit, m. a. W. weil ein Fall der Versäumniß um der Unzuständigkeit willen

---

[9]) Meine Abhandlung S. 394. Was dagegen Krämel a. a. O. S. 410 bemerkt, ist unzutreffend, da er das punctum saliens nicht erkannt hat.

[10]) Bericht der R.J.K. an den Reichstag S. 12.

[11]) Vgl. meine Vorträge S. 145.

nicht vorgelegen habe, nicht beseitigt werden. Denn dann bleibt die durch die eingetretene Versäumniß herbeigeführte Prorogation unerschüttert. Und dies entspricht offenbar dem praktischen Bedürfniß. Oder soll man dem Beklagten die Einrede der Unzuständigkeit derart zur Handhabe der Chikane oder Verschleppung werden lassen, daß er nach eingelegtem Einspruch seine verzichtbare Einrede vollkommen intakt in die höhere Instanz zu bringen berechtigt wäre, weil angeblich keine Versäumniß vorgelegen habe (§§ 474, 490)?

Auf eine praktische Konsequenz der Meinungsdifferenz muß noch hingewiesen werden. Sie betrifft die Kostenpflicht (§ 309). Meiner Meinung nach muß die säumige Partei im Falle zulässiger Prorogation die durch die Versäumniß verursachten Kosten selbst dann tragen, wenn sie nachträglich die Einrede der Unzuständigkeit siegreich zur Geltung bringt. Denn immer war das Versäumnißurtheil „in gesetzlicher Weise" ergangen. Das Gegentheil müssen die annehmen, welche die amtliche Kompetenzprüfung fordern. Nach der Ansicht der R.J.K. wäre zu unterscheiden, ob ausreichende — wenn auch nachträglich als falsch erwiesene — Kompetenzbehauptungen vom Kläger vorgebracht oder nicht vorgebracht waren. Im ersteren Fall wäre das Versäumnißurtheil „in gesetzlicher Weise ergangen" und der Beklagte kostenpflichtig, im anderen Falle wäre es ungesetzlich und den Kläger träfen die Kosten. Von der größeren oder geringeren Raffinirtheit und Lügenhaftigkeit des Klägers würde die Kostenpflicht des Beklagten abhängen.

Täusche ich mich nun nicht, so scheint mir das Rechtsleben zu meiner Auffassung der Prorogationsfrage hinzudrängen. Ein vielbeschäftigtes Gericht begrüßt den Versäumnißfall als eine willkommene Geschäftserleichterung. Sollte auch in den Fällen, in welchen das eigene klägerische Vorbringen die Unzuständigkeit ergiebt, die Abweisung von Amtswegen erfolgen, weil sie allerdings eine noch bequemere Entlastung des Gerichtes ist, so werden doch die Gerichte in anderen Fällen schwerlich sich in die Kompetenzerörterung vertiefen. Die Forderung der Offizialprüfung bleibt sine effectu, da, wie gezeigt, gegen ihre Mißachtung der Einspruch die alleinige Hülfe ist. Zur Kognition und Remedur seitens des höheren Gerichts kann es der Regel nach nur kommen, wenn das Gericht seine Unzuständigkeit aussprach, nicht wenn es seine Zuständigkeit auf

Grund der Versäumniß annahm.[12]) Umsomehr ist es wichtig, daß wir nicht unsere Gerichte belasten mit dieser drückenden und in ihrer Aufrechterhaltung unkontrolirbaren Pflicht.

II.

Bevor ich auf die Revision der Gründe für und wider meine Ansicht eingehe, muß noch einmal mit aller Entschiedenheit die Ansicht der R.J.K. zurückgewiesen werden[13]). Sie ist prinziplos, sie ist unlogisch, sie ist nicht Inhalt des Gesetzes und widerstrebt den Grundgedanken der Civilprozeßordnung.

1. Sie ist prinziplos.

Der Richter soll prüfen von Amtswegen, und doch soll er wiederum nicht prüfen. Er soll prüfen und doch ungeprüft das Behauptete als wahr nehmen. Er soll von Amtswegen zum Schutze

---

[12]) Der einzige Ausnahmefall ist, wenn das Versäumnißurtheil nur mit der Berufung anfechtbar wäre (§ 474 Abs. 2). Frage: wie steht es, wenn das Urtheil nach § 296 gegen den Kläger ausfiel und dieser Berufung einlegt? Kann dann der Beklagte, welcher keinen Einspruch eingelegt hat (§ 486), noch seine Einrede der Unzuständigkeit nach § 490 bringen? Nach meiner Meinung unter keinen Umständen, wenn nicht der Restitutionsgrund des § 490 Abs. 1 zutrifft (vgl. § 247 Abs. 3 und meine Abhandl. S. 382, Fitting a. a. O. S. 228). Nach der gegnerischen Ansicht auf jeden Fall, denn es lag ja in der unteren Instanz keine Versäumniß vor, die Einrede ist nicht versäumt, ein Verschulden liegt in ihrem Nichtgebrauch in der unteren Instanz auf keinen Fall. Ueber die Frage, ob der säumige Beklagte gegen das ihm nach § 296 Abs. 2 günstige Versäumnißurtheil den Einspruch habe, vgl. meine Vorträge S. 202 ff., Gaupp a. a. O. II. S. 484 und dagegen Struckmann-Koch a. a. O. § 500 Note 6. Ich kann mich von der Richtigkeit des Einwandes, welchen Struckmann-Koch erheben, nicht überzeugen. Der § 296 fixirt die Versäumnißfolge des fingirten Zugeständnisses ausnahmslos; die Schlußfolgerung ist von der Versäumnißfolge gesondert. Ob diese ausdrücklich im Urtheil ausgesprochen wird oder nicht, ist gleich. Sie tritt ipso jure, kraft Gesetzes ein, sobald der Versäumnißfall vorliegt und Versäumnißurtheil beantragt wird. Und so muß es sein, weil möglicherweise aus den klägerischen Behauptungen der Klageantrag nur theilweise sich rechtfertigt (pluspetitio). Soll man etwa hier annehmen, daß dem theilweise abweisenden Urtheil nicht die poena confessi, dagegen dem kondemnirenden die Geständnißfolge bezüglich derselben Thatsachen zu Grunde liegt? Die poena confessi ist als eingetreten anzusehen, sobald die Versäumniß vorliegt, d. h. sobald der Termin zur mündlichen Verhandlung geschlossen ist (§ 197 Abs. 2). Ob nun das Urtheil dem Kläger günstig oder ungünstig fällt, kann an der in der Vergangenheit liegenden Geständnißfolge nichts mehr ändern.

[13]) Siehe meine Abhandlung S. 392, Fitting S. 237.

des Beklagten feststellen die Unzuständigkeit, und doch soll er den Beklagten schutzlos lassen, wenn der Kläger nur kühnlich offenbar unwahre Kompetenzbehauptungen vorbringt. Das öffentliche Interesse an der Kompetenzordnung soll gewahrt werden und doch wird es an die freche Lüge preisgegeben.

2. Die Ansicht ist unlogisch.

Ihre theoretische Grundlage ist folgende: Der beim unzuständigen Gericht belangte Beklagte ist nicht dingpflichtig; seine Versäumniß ist nicht Pflichtwidrigkeit; er braucht nicht zu erscheinen; er hat ein Recht auf die Wahrung seines Vertheidigungsgrundes der Unzuständigkeit durch das Gericht; er kann also auch keiner s. g. Kontumazialfolge unterliegen. Denn diese hat zu ihrer Voraussetzung eine Gebundenheit des Beklagten gegenüber der Klage.[14])

[14]) Diese Gebundenheit nenne ich Defensionspflicht (Einlassungspflicht). Ich habe den Begriff (Grünhut, Zeitschrift f. d. Privat- und öffentliche Recht VII. S. 130 ff., vgl. auch meine Abh. daselbst VI. S. 520 ff.) in Meinungsverschiedenheit mit Bülow bestimmt „als die öffentlich-rechtliche Pflicht, in den Prozeß auf die behauptete, den prozessualischen Voraussetzungen entsprechende Klage einzutreten" (S. 147). Auf diesen Begriff fundire ich den Straf- und Civilprozeß. Neuestens hat sich Kohler (krit. Vierteljahrsschr. XXII. S. 357) dagegen erklärt, ohne die Streitfrage zu fördern. Er vermischt Einlassungs- und Erklärungspflicht, welche ich bestimmt scheide (Grünhut VI. S. 523 ff.). Er kämpft gegen einen Begriff der Defensionspflicht, der nicht der meinige ist. Er denkt sie als Pflicht zur Aktivität (S. 360), während ich ausdrücklich die Verpflichtung zur Aktivität ablehne und nur eine Verbindlichkeit kenne, den Prozeß als Beklagter zu erdulden (Grünhut S. 153). Von diesem Begriff kann sich denn auch Kohler nicht losmachen. Er spricht S. 367 davon, daß der Beklagte dem Prozeß „unterworfen" wird; S. 368 sagt er, der Kläger „zwinge vor Gericht"; S. 369 giebt er zu, daß man Jemanden wider seinen Willen in den Prozeß hineinziehen könne. Und dabei läßt er deutlich erkennen, daß er das für eine vom Recht auferlegte Belastung, Gebundenheit erkenne, für die ich der Kürze halber den freilich zu mißdeutenden Ausdruck „Pflicht" gebrauche. — Was Kohler S. 362 gegen mich bemerkt, beruht auf einem Mißverständniß, zu welchem ich, soviel ich sehe, keinen Anlaß gegeben habe. Ich habe den Rechtszwang zur Realisirung jener Gebundenheit niemals mit irgend welchem „nachtheiligen Rechtseffekt" identifizirt. — Kohler räumt wegen § 243 ein, daß erst mit der Streiteinlassung das Judizium definitiv konstituirt werde (S. 365, 375); dennoch soll die Klageerhebung die constitutio iudicii sein; das Judizium sei nämlich in der Schwebe, ein pendentes Rechtsverhältniß, bis es sich entschiede, ob Einlassung eintrete. Aber in der Schwebe kann nur sein, was seinen konstituirenden Akt in der Klageerhebung findet, das ist die s. g. Rechtshängigkeit mit ihren Wirkungen, nicht das Judizium selbst, welches erst an die Einlassung geknüpft wird. Zu ihm gehört die Gebundenheit

Speziell die Versäumnißfolge des § 296 ist die Verwirklichung der Dingpflicht und Erklärungspflicht. Obschon nicht erschienen oder doch nicht verhandelnd, wird nach § 296 dem Beklagten der Prozeß aufgenöthigt und er als die Klagthatsachen gestehend, den Anspruch leugnend behandelt[15]). Daher ist § 296 dem nicht dingpflichtigen Beklagten gegenüber unanwendbar. Die R.J.K. stimmt damit völlig überein für den Fall, daß der Kläger ausreichende Klagthatsachen nicht vorbringt. Dann wird nicht die Versäumnißfolge des Zugeständnisses der Klagthatsachen realisirt und nur etwa, analog dem Falle, wenn die Klagthatsachen den Anspruch nicht begründen und deshalb in der Sache selbst zu absolviren ist, die Klage wegen Unzuständigkeit abgewiesen, vielmehr wird das Versäumnißurtheil nach § 300 Nr. 1 verweigert. Das Versäumnißurtheil gegen den Beklagten verweigern, heißt aber die Versäumniß und damit die Versäumnißfolge verneinen und zu ihr gehört die s. g. poena confessi oder „affirmative Litiskontestation.“[16]) Das Alles aber soll anders sein, wenn der Kläger Kompetenzbehauptungen bringt. Dann tritt die poena confessi ein, dann wird auf Grund derselben die Kompetenz bejaht und nunmehr das Versäumnißurtheil erlassen. Also die Folge der Zuständigkeit wird zur Quelle der Zuständigkeit gemacht; sie wird vorweg genommen, um daraus die Zuständigkeit zu folgern. Ich habe dieses Hysteron-Proteron, diesen vitiösen Zirkel als eine logische Ungeheuerlichkeit bezeichnet, und ich sehe keinen Grund, welcher sich gegen solche Bezeichnung anführen ließe.[17])

---

des Klägers an den Streit (§ 243), seine Prozeßobligation quod in judicio permaneat usque ad terminum litis, das Korrelat der Defensionspflicht. Sie tritt erst ein, wenn feststeht, daß gestritten wird, d. h. mit der Einlassung und durch die Einlassung. Kohlers Behauptung, daß die Kostenpflicht die einzige Parteipflicht im Prozesse sei, entzieht sich der Prüfung, da sie unbegründet geblieben ist.

[15]) Vgl. meine Vorträge S. 137.

[16]) Meine Vorträge S. 203, S. 144.

[17]) Kohler's Polemik a. a. O. S. 395 ist mehrfach unzutreffend. 1. Er imputirt mir den falschen Schluß, wenn man nicht mein Prorogationsprinzip annehme, müsse man die Ansicht der R.J.K. annehmen, während ich umgekehrt gesagt habe, wenn man die Ansicht der R.J.K. annehme, werde man konsequent zu meiner Ansicht gedrängt, und während ich als die Folge der Ablehnung meiner Meinung die Offizialuntersuchung der Kompetenz behauptete und behaupte (s. meine Abh. im Archiv Bd. 62 S. 393 ff. und das Folgende in der vorliegenden Abh.). 2. Kohler meint, daß die Abweisung der Klage wegen Inkompetenz und zwar wegen Verneinung einer im Klaggrunde liegenden Kompetenzthatsache (z. B. des

Wohl gemerkt, ein völlig anderer Standpunkt als der der R.J.K. würde es sein, wollte man sagen: Der Richter hat sich, wie überall, so auch in der Zuständigkeitsfrage an das Vorbringen der Parteien zu halten; ergiebt die Klage an sich die Unzuständigkeit, so weist er sie ab, ergiebt sie dieselbe nicht, so erläßt er das Versäumnißurtheil. Die R.J.K. sagt umgekehrt: ergiebt das Vorbringen des Klägers in Folge des fingirten Zugeständnisses die Zuständigkeit, so sprich in der Sache selbst, ergiebt sie die Zuständigkeit nicht, so weise ab. Allerdings wird hier wie dort die Prüfung des Richters reduzirt auf die Beurtheilung der Parteibehauptungen. Eine Prüfung als Untersuchung, Beweisaufnahme findet nicht statt. Aber die R.J.K. will Offizialprüfung und ersetzt diese durch die Fiktion der Wahrheit; die andere Ansicht will keine Feststellung der Kompetenzthatsachen.

3. Die Ansicht der R.J.K. ist nicht Inhalt des Gesetzes, steht vielmehr mit seinen Grundgedanken und den Motiven im Widerspruch.

Die Unzuständigkeit des Richters ist außer in den Fällen, in welchen sie durch Vereinbarung ausdrücklich oder stillschweigend beseitigt wird, von Amtswegen zu prüfen und auszusprechen. Das ist die Meinung der Motive und der R.J.K. und wird von Niemandem bestritten. Das aber bedeutet: die Unzuständigkeit des Richters ist allemal von Amtswegen zu prüfen. Denn die eintretende „Vereinbarung“ schafft Zuständigkeit. Der Richter hat abzuwarten mit seiner Prüfung, ob dieser Zuständigkeitsgrund eintritt oder ausbleibt, es sei denn, daß er nicht eintreten kann. Es steht aber nach der Meinung meiner Gegner fest, daß er nicht eintritt, falls der Beklagte säumig ist. Ist dem so, dann müssen die allgemeinen Grundsätze über die amtliche Prüfung der Voraussetzungen

---

Erfüllungsortes) Entscheidung in der Sache selbst sei und die Bezeichnung eines anderen Erfüllungsortes die actio zur alia res mache. Aber die Entscheidung über die Kompetenzfrage ist nie Sachentscheidung; und wäre sie es, so könnte doch die Verneinung lediglich des Erfüllungsortes als reine Thatsachenfeststellung nicht die Rechtskraft beschreiten (§ 293), wie denn auch die Behauptung eines anderen Erfüllungsortes nie eine mutatio actionis sein kann. 3. Kohler scheint anzunehmen, daß nach der Ansicht der R.J.K. sich die poena confessi nur auf die zum Klaggrund gehörigen Kompetenzthatsachen, nicht auf alle die Kompetenz betreffenden thatsächlichen Behauptungen bezieht.

des Prozesses und der einzelnen prozessualischen Handlungen auch hier zur Geltung kommen.

Die Prüfung von Amtswegen ist nun aber nicht nur Beurtheilung der Parteibehauptungen, sondern auch Untersuchung ihrer Wahrheit. Und unverträglich ist mit solcher die Annahme der Versäumnißfolge des § 296.[18]) Das in der Offizialprüfung liegende Offizialinteresse ist der Parteidisposition entrückt, schließt die Möglichkeit der Feststellung durch ausdrückliches Geständniß, um wie viel mehr durch s. g. poena confessi aus. Es wird sich das an einzelnen Bestimmungen des Gesetzes leicht erweisen lassen.

Ein Unterschied hinsichtlich der Offizialprüfung zwischen der Unzuständigkeit im Falle unzulässiger und im Falle nicht stattfindender Prorogation ist nicht erfindlich; und doch zweifelt wohl Niemand daran, daß die Unzulässigkeit der Prorogation gerade die Feststellung der mangelnden Kompetenz durch das Zugeständniß unwahrer Kompetenzbehauptungen ausschließt, m. a. W., daß der Richter die Belege der Kompetenzbehauptungen fordern und seine eigene Wissenschaft benutzen muß.[19])

Das Gesetz behandelt zur Vermeidung zwecklosen, nichtigen Prozessirens die Prozeßfähigkeit der Partei, die Legitimation des gesetzlichen Vertreters (§ 54), die Bevollmächtigung des Stellvertreters außerhalb des Anwaltsprozesses als von Amtswegen zu berücksichtigende Punkte. Daher fordert das Gericht, unangesehen die Haltung des Beklagten, den Nachweis dieser Voraussetzungen durch Vorlegung des Tutoriums, Kuratoriums, der Vollmacht u. dgl. und versagt das Versäumnißurtheil, falls sie ermangeln (§ 300 Nr. 1). Ebenso steht es mit der Prüfung der Statthaftigkeit des Einspruchs und der Rechtsmittel (§§ 307, 497, 529, 537), mit der Statthaftigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 552). Von einem Versäumnißverfahren über diese Frage der Statthaftigkeit kann nicht die Rede sein. Man giebt denn auch allgemein zu, daß das Versäumnißurtheil gegen den ausbleibenden Gegner des Einspruch-Erhebenden, des Berufungsklägers, Revisionsklägers nicht ergehen kann, wenn der Einspruch oder das Rechtsmittel unstatthaft sind, und daß es zu ergehen hat, wenn diese Statthaftigkeit sich

[18]) Vgl. auch Fitting a. a. O. S. 246.

[19]) Vgl. darüber auch meine Abhandlung S. 397 ff. und Fitting a. a. O. S. 237.

ergiebt. Eine Mischung von „kontradiktorischem und Versäumnißurtheil" entsteht dadurch, daß das Urtheil theilweise auf richterlicher Prüfung der Voraussetzungen, theilweise auf Versäumniß ruht, selbstverständlich ebenso wenig, als wenn nach vorgängiger amtlicher Berücksichtigung der offiziell zu wahrenden Klagevoraussetzungen (§ 300 Nr. 1) auf die Klage hin ein Versäumnißurtheil nach § 296 ergeht.[20])

Allerdings will man, im Widerspruch mit dem oben Gesagten, gegen den säumigen Einsprecher, den Berufungs- oder Revisionskläger ohne Prüfung der Statthaftigkeit Versäumnißurtheil erlassen. Es würde damit in der That die Versäumnißfolge statuirt, ohne Feststellung ihrer Voraussetzung und gelegentlich trotz des Mangels ihrer Voraussetzung. Das wäre denkbar nur, wenn im Ausbleiben des Einsprechers, Berufungs- oder Revisionsklägers ein Verzicht auf den Rechtsbehelf gefunden werden müßte. Die Kontumazialfolge des § 295 erklärt sich aber nicht aus dem Verzichtsstandpunkte, wie ich an anderer Stelle nachzuweisen gesucht habe.[21]) Der Einspruch ist eingelegt, auch wenn der Einsprecher ausbleibt, so gut wie die Klage erhoben ist und als existent gilt, obschon der Kläger im Prozesse ausbleibt. Das Versäumnißurtheil des § 295 deklarirt nicht einen

[20]) Hierdurch erledigt sich das Bedenken Amsberg's, welches derselbe in der R.J.K. für deren Ansicht und gegen die Gegner der poena confessi hinsichtlich der Kompetenzbehauptungen geltend machte (Prot. S. 113). Er meinte: „durch das Erforderniß der Glaubhaftmachung würde in das Versäumnißverfahren ein fremdes Element hereingebracht, das Urtheil theils ein kontradiktorisches, theils ein Versäumnißurtheil werden, theils Einspruch, theils Berufung zuzulassen sein". Wäre dieser Einwurf begründet und diese angebliche Konsequenz wider das Gesetz, so würde damit überhaupt die Offizialprüfung der Voraussetzungen des Versäumnißurtheils verworfen werden. Dem aber steht § 300 Nr. 1 und jede Bestimmung des Gesetzes, welche Offizalprüfung vorschreibt, entgegen. Und es ist in der That der Einwurf grundlos; denn führt die Offizialprüfung zum Erlaß des Versäumnißurtheils, so liegt ein Urtheil in der Sache selbst vor, zu dessen Beseitigung auf dem Wege des Einspruchs verschritten werden muß, wenn es nicht rechtskräftig werden soll, und wird es beseitigt, so kann der Beklagte in der mündlichen Verhandlung seine prozeßhindernden Einreden vorbringen. Es kehrt die Sache in die mündliche Verhandlung zurück, als sei nichts vorgefallen. Es muß daher nothgedrungen die einseitige in Abwesenheit des Beklagten erfolgte amtliche Feststellung der prozessualischen Voraussetzungen als unverbindlich für den Einsprecher, als durch den Einspruch beseitigt angesehen werden.

[21]) Vgl. meine Vorträge S. 132.



stillschweigend ausgesprochenen Verzicht, sondern es weist den Kläger definitiv mit seinem auf Verurtheilung gerichteten Antrag ab. So unlogisch also eine derartige Abweisung wäre, wenn es an den prozessualischen Voraussetzungen für das Entscheiden in der Sache selbst mangelt, so sicher daher auch unerachtet der Abwesenheit des Klägers ein Versäumnißurtheil des § 295 bei Mangel der Prozeßvoraussetzungen versagt werden muß,[22]) ebenso sicher wird trotz Abwesenheit des Einsprechers oder Berufungs- resp. Revisionsklägers nicht in der Sache selbst gesprochen werden können, wenn nicht der die Entscheidungsmöglichkeit in der Sache selbst erst eröffnende Rechtsbehelf statthaft ist. Daraus folgt: auch beim Ausbleiben des Einsprechers ist nicht allemal gemäß § 310 unter Verwerfung des Einspruchs das bereits erlassene Versäumnißurtheil aufrecht zu erhalten; beim Ausbleiben des Berufungs- oder Revisionsklägers ist nicht

[22]) Ob nur das Versäumnißurtheil nach § 300 Nr. 1, wie man allgemein glaubt, zu versagen ist, oder auch unter bestimmten Voraussetzungen — wenn nämlich der prozessualische Mangel durch die Partei nicht zu heben ist — ein a limine abweisendes Urtheil zu ergehen hat, habe ich zu Gunsten der letzteren Alternative beantwortet (meine Vorträge S. 132 ff.). Eccius, mein Herr Rezensent in dieser Zeitschrift (s. oben S. 602), hat meine Ausführung beanstandet. Er giebt zu, daß die gemeine Meinung eine Lücke im Gesetze läßt. So möchte ich annehmen, daß diese Ansicht nicht richtig sein kann, denn das Prozeßgesetz darf nicht lückenhaft bleiben, sondern es ist solche Lücke nach den Regeln der juristischen Interpretation, nach Konsequenz und Analogie auszufüllen. Eccius meint, ich hätte „willkürlich“ ausgefüllt, da ich „ein von Amtswegen zu erlassendes kontradiktorisches Urtheil ohne kontradiktorische Verhandlung“ statuire, welches der Civilprozeßordnung schlechthin fremd ist. Er selbst hat zugegeben, daß in Abwesenheit des Beklagten das Urtheil die Klage als unstatthaft abweisen könne und er wird schwerlich die Qualität dieses Urtheils als Versäumnißurtheil aufrecht erhalten können. Als gegen den Beklagten erlassenes Versäumnißurtheil — und gegen den nicht säumigen Kläger kann es als solches unmöglich erlassen sein — müßte es die Versäumnißfolge des § 296 realisiren, d. h. die Klagethatsachen als zugestanden behandeln und dennoch die Klage als unstatthaft abweisen. Solche Konstruktion ist unmöglich und gegen den deutlichen Willen des Gesetzes (§ 300 Nr. 1). — Wir haben oben bereits in dem die Unstatthaftigkeit des Einspruchs oder der Rechtsmittel gegen ihren erschienenen Einleger aussprechenden Urtheilen solche erkannt, welche „kontradiktorisch ohne kontradiktorische Verhandlung“ sind. Um jedoch ein völlig schlagendes Beispiel anzuführen, verweise ich auf § 560 Abs. 2. Das die Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft unerachtet der Abwesenheit des Beklagten abweisende Urtheil ist ein a limine abweisendes, kontradiktorisches, nicht mit Einspruch angreifbares, keine Versäumnißfolge aussprechendes Urtheil ohne kontradiktorische Verhandlung.

schlechthin durch Versäumnißurtheil das Rechtsmittel analog § 295 abzuweisen; es wird das erst geschehen, nachdem festgestellt ist, daß Einspruch oder Rechtsmittel zulässig sind, andernfalls werden dieselben durch kontradiktorisches Urtheil als unzulässig verworfen. Daß diese Ansicht allein mit dem Gesetze übereinstimmt, ist aus den §§ 306, 497, 529 vgl. mit § 300 Nr. 1 zu entnehmen. Der

> § 306: „das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob der Einspruch an sich statthaft und ob er in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist der Einspruch als unzulässig zu verwerfen,"

stellt die Offizialprüfung ausnahmslos hin, gestattet die Sachentscheidung — und solche ist auch das Versäumnißurtheil des § 310 — erst nach Bejahung ihrer Zulässigkeit; der § 310 handelt nur von dem, was eintritt, wenn der Einspruch zulässig ist. Das dort erwähnte Versäumnißurtheil, „durch welches der Einspruch verworfen wird," hat zur Voraussetzung die Existenz eines Einspruchs; ein solcher fehlt, wenn er unzulässig (verspätet, in ungesetzlicher Form eingelegt, an sich unstatthaft) war. Es ist dann ein relevanter Widerspruch gegen das Versäumnißurtheil überhaupt nicht erhoben, es beschreitet dasselbe unangefochten die Rechtskraft.

Ebenso redet der

> § 497: „das Berufungsgericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen,"

ganz absolut. Die Offizialprüfung wird also auch hier nicht durch Versäumniß ersetzt.

Die praktischen Folgen der Meinungsdifferenz sind nicht ganz unerheblich. Meiner Meinung nach ergeht, weil keine Versäumnißfolge realisirt, sondern auf Grund der Offizialprüfung entschieden wird, ein kontradiktorisches,[23]) kein Versäumnißurtheil. Daher ist es mit Rechtsmitteln, nicht mit dem Einspruch zu beseitigen. Im Fall des § 306 ist also das den Einspruch als unzulässig abweisende Urtheil nicht ein zweites Versäumnißurtheil im Sinne des § 310, nicht ein Urtheil im Sinne des § 648 Nr. 3. Es ist nicht der vorläufigen Vollstreckbarkeit theilhaftig, ihrer bedarf es nicht, es liegt

---

[23]) Nur von solchem reden die Motive zu § 306 (296).

Rechtskraft vor. Sollte das Urtheil den Einspruch als verspätet verwerfen, so würde es der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach §§ 211, 213, 216 unterliegen. Ueberall folgen gegensätzliche Resultate aus der bekämpften Ansicht. Ihr ist das Urtheil, welches den Einspruch verwirft, Versäumnißurtheil im Sinne des § 310, es ist als solches nicht rechtskräftig, sondern beschreitet die Rechtskraft erst mit dem Ablauf der Berufungsfrist; es gewinnt allein nach § 648 Nr. 3 die vorläufige Vollstreckbarkeit. Eine Wiedereinsetzung wäre dagegen nicht möglich, denn es stützt sich nicht auf die Unzulässigkeit des Einspruchs, sondern auf die Versäumniß in der Hauptsache; es wäre zu beseitigen durch Berufung, welche den Versäumnißfall in Abrede stellt.

## III.

Die vorstehende Erörterung ergiebt, daß die Ansicht der R.J.K., welche die Versäumnißfolge des § 296 auf den von Amtswegen festzustellenden Zuständigkeitspunkt anwendet, unhaltbar ist.

Die aus der Vorgeschichte des Prozeßgesetzes erhellende Absicht des Gesetzgebers, wenn solche allein aus den Berathungen und dem Bericht der R.J.K., welche nicht Gesetzgeber war, sowie aus der Widerspruchslosigkeit des Berichts gefolgert werden darf[24]), hat im Gesetz einen Ausdruck nicht gefunden. Aber wohl darf man annehmen, daß die der R.J.K. widerstreitende allgemeine Wendung der Motive, nach welcher der säumige Beklagte den Ausspruch der Unzuständigkeit von Amtswegen regelmäßig erwarten könne, nicht auf eine Offizialprüfung im Sinne des § 300 Nr. 1 zu deuten sei,[25]) daß also jedenfalls eine im Uebrigen nicht fehlerhafte Auslegung des Gesetzes fundatam intentionem für sich hat, welche im Versäumnißfalle das Gericht der Offizialuntersuchung der Zuständigkeitsfrage bei denkbarer Prorogation überhebt. Der Gesetzgeber erstrebte den Satz:

> der Richter hat sich bei möglicher Prorogation jedenfalls als zuständig anzusehen, wenn der Kläger ausreichende Kompetenzbehauptungen aufstellt.

Es fragt sich, ob für diese Regel sich eine Basis im Gesetze finden läßt. Der gegentheilige Satz:

---

[24]) Vgl. meine Abhandlung S. 395, wo ich dieses zu bestimmt bejaht habe. Ich korrigire hiermit diese Einräumung.

[25]) Vgl. die Protokolle der R.J.K. S. 113, auch Fitting a. a. O. S. 238.

der Richter hat seine Kompetenz zu verneinen, wenn nicht ausreichende Kompetenzbehauptungen aufgestellt sind,

läßt sich als Absicht des Gesetzgebers nicht nachweisen; denn er kann nicht beabsichtigt haben, daß trotz vorhandener Kompetenz das Versäumnißurtheil versagt werden müsse, weil die Klageschrift sich über die Kompetenz nicht verbreitet. Andernfalls hätte er diese Substanzirung der Kompetenz in die Vorschrift des § 230 als wesentlich aufgenommen. Jedenfalls ist dafür, wenn man die Anwendbarkeit der poena confessi und damit auch des § 300 Nr. 3 auf die Kompetenzfrage ausschließt, kein gesetzlicher Anhaltepunkt erfindlich.

Eine dritte Regel endlich:

der Richter hat allemal wegen Unzuständigkeit abzuweisen, wenn im Versäumnißfall dieselbe aus dem eigenen Vorbringen des Klägers erhellt,

scheint freilich das Mindeste zu sein, was Motive und R.J.K. gegewollt haben. Aber läßt sich solche Regel in dieser Isolirung oder in der Verbindung mit dem ersten Satze ohne groben Widerspruch mit den Prinzipien des Gesetzes denken?

Die Kombination der drei Thesen würde dem Richter ansinnen die absolute Beschränkung seiner amtlichen Kognition betreffs der Zuständigkeit auf die Beurtheilung der klägerischen Behauptungen, die er — obschon er sie nicht als zugestanden behandeln darf — doch als wahr hinnehmen soll, gleichviel ob sie dem Kläger günstig oder ihm ungünstig sind. Das ist logisch unmöglich. Die Annahme des dritten Satzes unter Verwerfung des ersten und zweiten wäre vereinbar mit dem Gedanken der Offizialprüfung; nur müßte dann solche auch gefordert werden für die klägerischen schlüssigen Kompetenzbehauptungen und beim Mangel derartiger Behauptungen. Damit aber wäre wiederum das, was die R.J.K. vermieden wissen wollte, als Inhalt des Gesetzes behauptet.

Eine allseitig befriedigende Lösung wird sich wegen der inneren in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes liegenden Widersprüche nicht geben lassen. Die Lösung muß angesichts der letzteren vor allem in dem Gesetze selbst gesucht werden. Sie fand ich in dem Gedanken, daß im Versäumnißfalle sich der Beklagte mit dem Verwirken der Unzuständigkeits-Einrede der Gerichtsgewalt unterwirft, die Prorogation bewirkt. Sobald wir sie annehmen, wahrt der

Richter seine Amtspflicht für Feststellung seiner Zuständigkeit durch die Feststellung, ob Versäumniß vorliegt oder nicht vorliegt. Mit ihrer Bejahung ist die Zuständigkeit bejaht. Die Versäumniß aber ist bejaht, wenn erstens festgestellt ist, daß der Beklagte es unterlassen hat, von der Einrede der Unzuständigkeit Gebrauch zu machen, und zweitens er in der Hauptsache selbst nicht verhandelt und in Folge dessen angenommen werden muß, er habe den Anspruch bestritten, aber die Klagthatsachen zugestanden (§ 296). Allerdings wird nun nicht berücksichtigt, ob etwas oder was an Kompetenzthatsachen der Kläger behauptet hat, allerdings wird nicht zum Schutz des Beklagten eine Unzuständigkeit ausgesprochen; es bleibt ihm überlassen, sich durch den Einspruch zu salviren. Dafür aber ist ein rationeller Grund hergestellt, welcher es erklärt, weshalb das Gericht nicht eine Untersuchung gesetzlicher Kompetenzthatsachen anzustellen braucht, wenn der Versäumnißfall eintritt. Dieser rationelle Grund ist der Eintritt der Prorogation.

Es muß nun im Folgenden gezeigt werden, 1. daß das Prorogationsprinzip des Gesetzes nicht das Vereinbarungsprinzip ist, 2. daß das Prorogationsprinzip des Gesetzes die erstreckende Kraft der Versäumniß fordert, m. a. W., daß es das Präklusionsprinzip ist, 3. daß dieses für den Versäumnißfall die Erstreckung der Gerichtsgewalt ergiebt.

## IV.

Das Prorogationsprinzip des Gesetzes ist nicht das reine Vereinbarungprinzip.

Ich glaubte den Satz unwiderleglich und zwingend bewiesen zu haben und hielt zumal nach Fittings verstärkenden Ausführungen einen Widerspruch nicht für möglich. Man kann denn auch nicht läugnen, daß die Bestimmungen des Gesetzes den Parteiwillen als Kompetenzgrund ignoriren; man kann nicht läugnen, daß die Zuständigkeit nach § 39 entsteht, obschon der Kläger oder Beklagte oder Beide irrthümlich eine nicht vorhandene Zuständigkeit annahmen, obschon sie also den Prorogationswillen nicht haben, geschweige denn in ihm konsentiren; man kann nicht läugnen, daß die Zuständigkeit nach § 39 entsteht, obschon der Beklagte durch verspätetes Vorbringen seiner Einrede deutlich zeigt, wie ihm der Wille, sich dem unzuständigen Gerichte zu unterwerfen, völlig gefehlt hat; man kann also auch nicht läugnen, daß das widerspruchslose Einlassen des

Beklagten (§ 39) nicht als konkludente Bethätigung des Prorogationswillens, sondern als rein thatsächliche Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt relevirt. Ich finde all' Das weder bei Schriftstellern, noch in der Entscheidung des Reichsgerichts bestritten oder gar widerlegt. Aber nichtsdestoweniger behauptet man das reine Vereinbarungsprinzip.

Man hält mir entgegen, daß Motive und Gesetz mit dem Begriff der Vereinbarung als Kompetenzgrund umgehen. Man findet die praesumptio juris et de jure der Vereinbarung in dem § 39 und sucht aus ihm und den Motiven zu erweisen, daß eine Vereinbarung im Versäumnißfalle nicht anzunehmen sei.

Es ist unzweifelhaft, daß die Redaktoren der Motive von dem Vereinbarungsgedanken ausgegangen sind. Es ist ebenso unbestreitbar, daß die Terminologie des Gesetzes die die Prorogation bewirkenden Thatbestände als Vereinbarung, sei es ausdrückliche oder stillschweigende, bezeichnet. Aber nicht minder sicher wird es sein, daß, wenn diese Thatbestände nicht Vereinbarung sind, sie durch die falsche Terminologie des Gesetzes wie durch die falsche Vorstellung der Redaktoren zu solcher nicht gemacht werden können.

Wir müssen im Gesetze unterscheiden das, was Rechtssatz, ordnender Wille, Norm ist, und das, was theoretisirend, enunziativ ist. Nur jenes, nicht dieses ist Gesetz. Ist die theoretisirende Bezeichnung dessen, was Gesetz ist, irrig, so wird dadurch der Willensgehalt nicht modifizirt und können Konsequenzen aus der falschen Abstraktion nicht entnommen werden. Wenn wir beispielsweise im Gesetz unter der Rubrik der Verträge die Regeln über die letztwilligen Verfügungen oder die gemeinrechtlichen Grundsätze über grundlose Bereicherung, oder unter dem Terminus Alimentationspflicht die Regeln des Haftpflichtgesetzes über Schadensersatzpflicht, oder unter dem Titel Deliktsobligation die Alimentationspflicht des außerehelichen Vaters aufgeführt finden, so werden wir uns diese falsche juristische Qualifizirung nicht aneignen und die für den allgemeinen Begriff geltenden Grundsätze auf das irrthümlich subsumirte Rechtsinstitut nur anwenden, soweit solche Anwendung offenbar gewollt und mit der wahren Natur dieses Instituts vereinbar ist. Offenbar haben nun bei der Abfassung der C.P.O. die gemeinrechtlichen Vorstellungen von der Vereinbarung als Prorogationsgrund vorgeschwebt. Man hat sich in diesen Vorstellungen um so beruhigter bewegt, als in

der That nach der C.P.O. Vereinbarung den Gerichtsstand begründen sollte und begründet. Ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung ist außerhalb des Prozesses und in seinem Verlauf Kompetenzgrund (§ 38). Aber das Gesetz ist über den Vertrags-Gedanken hinausgegangen. Es hat, wie gezeigt, einen Thatbestand zum Kompetenzgrund erhoben, welchem der Vertragswille ganz unwesentlich ist. Klagenerhebung und Einlassung auf die Klage können vom Prorogationswillen getragen sein; aber sie machen zuständig auch dann, wenn sie es nicht sind. Schon der objektive Thatbestand der Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt soll ihre Erstreckung wirken. Damit ist eine Inkongruenz zwischen dem Terminus Vereinbarung und dem, was darunter subsumirt werden soll, gegeben. Es ist ein Begriff des Kompetenzgrundes uns aufgedrängt, welcher jenen Terminus falsch erscheinen läßt und Folgerungen aus ihm für die von ihm nicht gedeckten Fälle verbietet.

Eine Paralelle bietet § 228. Auch hier steht Vereinbarung und der die Sistirung des Prozesses wirkende objektive Thatbestand neben einander. Hätte das Gesetz hier die Ueberschrift „ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung als Unterbrechungsgrund des Verfahrens", so würde doch dadurch nimmermehr der Thatbestand des § 228 Abs. 2 zur konkludenten Bethätigung des vorhandenen Unterbrechungswillens.

Wir gewinnen den Rechtssatz, der gewillkürte Gerichtsstand wird geschaffen entweder durch die auf seine Begründung abzielende Willenseinigung oder durch die thatsächliche Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt des unzuständigen Gerichts.

## V.

**Diese thatsächliche Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt, kann sie nur gefunden werden in dem ausdrücklich in § 39 erwähnten Thatbestande oder ist es zulässig, ihn auch in anderen Thatbeständen zu finden?** Die Antwort muß für die erste Alternative ausfallen, wenn § 39 eine singuläre und deshalb keine analoge Anwendung duldende Bestimmung ist. Ist sie dies nicht und fällt deshalb die Antwort für die zweite Alternative aus, so muß darnach geforscht werden, welches die ratio des § 39 ist und welche die von ihr mitbetroffenen Fälle sind.

Der § 39 ist keine singuläre Bestimmung. Die Motive nennen seinen Thatbestand ausdrücklich einen „besonderen Fall“ der stillschweigenden Vereinbarung. Der § 39 exemplifizirt. Damit ist ausgesprochen, daß der Begriff der s. g. stillschweigenden Vereinbarung, unter welchen als Spezialfall der § 39 untergeordnet wird, bereits in sich aufgenommen hat die thatsächliche, rein objektive Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt. Und das wird durch die Fassung des Gesetzes vollkommen bestätigt:

> „Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt.“

Aus dieser exemplifizirenden Natur des § 39 folgt aber sogleich, daß ein argumentum a contrario unzulässig ist. Es muß noch andere Fälle der sog. stillschweigenden Vereinbarung, als den der widerspruchlosen mündlichen Verhandlung auf die Klage geben. Jedwedes Verhalten, welches objektiv als Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt erscheint, gehört — unangesehen den abweichenden Willen — hierher.

Jetzt sind wir an dem Punkte angelangt, zu fragen: welches Verhalten ist das? Die Motive sagen: jedenfalls nicht die reine Passivität des Beklagten. Weshalb nicht? Weil „aus der Thatsache des Nichterscheinens eine Unterwerfung unter das an sich unzuständige Gericht nicht zu folgern ist“. Ich frage wieder: weshalb nicht? Die Motive schweigen hierüber. Doch läßt sich aus der betonten beklagtischen Erwartung der Offizialprüfung folgern, daß die Antwort lauten sollte: weil in der Passivität der Unterwerfungswille sich nicht offenbart. Diese Ansicht wäre richtig, wenn die Passivität absolut ungeeignet wäre, als objektiver Unterwerfungsakt zu gelten. Es wird sich nun aber zeigen, daß sie genau so gut dazu geeignet ist, wie die mündliche Verhandlung zur Hauptsache. Ich suche das zu beweisen aus der Grundauffassung des Gesetzes von der Kompetenzordnung und dem sie verrückenden Prorogationsmoment.

Die örtliche Kompetenzordnung drückt ein doppeltes Interesse des Staates aus: einmal das Interesse an der angemessenen Geschäftsvertheilung, sodann das Interesse an der Lokalisirung der Defensionspflicht. Die letztere trägt dem vernünftigen negativen

Gedanken Rechnung, daß es eine unbillige Belastung der Gerichtsunterworfenen[26]) wäre, sie zum Rechtgeben in jeder Sache vor jedem Gerichte des Inlands zu nöthigen, sowie dem vernünftigen positiven Gedanken, daß die Defensionspflicht dort angenommen werden soll, wohin persönliche oder sachliche Beziehungen die Streitsache verweisen.

Die normale Geschäftsvertheilung ist das spezifische Interesse des Staates, die Beschränkung der Defensionspflicht ist das spezifische Interesse des Beklagten.

Es hat nun das Reichsrecht in bemerkenswerther Weise das spezifisch staatliche Interesse an der Kompetenzordnung in den Hintergrund gestellt. Es urgirt dasselbe in der Civilrechtspflege nie, wo es die Erstreckung des Gerichtsstandes gestattet. Daher versagt es in Civilsachen dem Richter den Widerspruch gegen die an sich zulässige Kompetenzverschiebung durch die Parteien. Er hat abzuwarten, ob die thatsächliche Unterwerfung unter seine Gerichtsgewalt eintritt, ob m. a. W. der Beklagte vor ihm Recht geben wird. Damit wird die Rüge der vorhandenen Unzuständigkeit dem Beklagten überlassen. Der Richter darf nicht nur nicht a limine abweisen, er hat auf die Klage hin Termin anzuberaumen, sich also mit der Sache zu befassen und in der mündlichen Verhandlung die Verhandlung zur Hauptsache herbeizuführen, falls die Einrede der Unzuständigkeit nicht gebracht wird. Er übt also seine Gerichtsgewalt in der Sache; er kann sie nicht versagen, falls nicht die gerichtsablehnende Vertheidigung erfolgt. Die Rüge der Unzuständigkeit ist verzichtbarer Vertheidigungsgrund des Beklagten (§ 247 Nr. 1, § 39, vgl. mit den Motiven zu § 247 S. 469). Daher muß der ausdrückliche Verzicht des Beklagten auf die Einrede zuständig machen und daher muß die eintretende Präklusion, welche dem „Verzicht" auf die Einrede an Wirksamkeit vollkommen gleichkommt, unbedingt die Kompetenz begründen. Denn nunmehr steht es fest, daß der Beklagte nicht mehr die Einlassung wegen Unzuständigkeit verweigern kann, daß also das Recht-Nehmen vor diesem Gericht für ihn genau so unabwendbar geworden ist, als wenn er

---

[26]) Es mag dieser zu enge Ausdruck hier verstattet sein, um damit Alle, welche vor inländischen Gerichten Recht zu geben haben, zu bezeichnen.

vor dem Prozesse dem zukünftigen eine Erklärung des Verzichts abgegeben hätte. Eine Erwartung des Beklagten, daß jetzt noch das Gericht für ihn bevormundend die Unzuständigkeit ausspreche, wäre unverständlich. Der Vorgang, der Zeitpunkt also, durch welchen der Beklagte die Einrede verwirkt, wird jedenfalls als Kompetenz begründend gelten müssen. Damit ist der Gedanke, welchen ich das Präklusionsprinzip nenne und welchen man schief auch das Verzichtsprinzip nennen könnte, zum leitenden Prinzip der Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt erhoben.

Es mag verstattet sein, einen vergleichenden Blick auf die Kompetenzordnung der Strafgerichte zu werfen. Man wird zugeben müssen, daß der Staat sie auf völlig andere Basis als die der Civilgerichte stellen kann; aber es wird nicht geläugnet werden können, daß, wenn die gleichen Rechtsregeln sich in der civilen und kriminellen Zuständigkeitsordnung finden, die Annahme einer divergirenden Grundanschauung dem Gesetzgeber eine Unklarheit imputiren würde.

Die Strafprozeßordnung bestimmt:

1. Das Strafgericht kann und soll seine Zuständigkeit selbst prüfen, also seine Unzuständigkeit von Amtswegen aussprechen (§ 6, § 18). Hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit sagt

> § 6: Das Gericht hat seine sachliche Zuständigkeit in jeder Lage des Verfahrens von Amtswegen zu prüfen.

Eine Beschränkung giebt der § 269.

2. Die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit ist dem Gerichte nur bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens gestattet (§ 18).

3. Mit diesem Moment ist das an sich unzuständige Gericht noch nicht zuständig geworden. Noch kann, wenn keine Voruntersuchung stattgefunden hat, der Angeklagte die Unzuständigkeit rügen bis zur Verlesung des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens in der Hauptverhandlung (§ 16). Von diesem Augenblick ab ist der Einwand der Unzuständigkeit präkludirt und damit das Gericht zuständig. Findet eine Voruntersuchung statt, so muß schon in dieser vor ihrem Schluß (§ 195) der Angeschuldigte mit seinem Einwande bei Folge des Ausschlusses kommen.

Hiermit ist das von mir entwickelte Präklusionsprinzip unverkennbar angenommen. Es ist angenommen auch für die Prüfung der Zuständigkeit durch das Gericht.

Das thatsächliche Rechtsprechen seitens des Gerichts, das nicht rechtzeitige Rügen der Unzuständigkeit seitens des Beschuldigten wirkt den Gerichtsstand, gleichviel ob Gericht und Beschuldigter die vorhandene Unzuständigkeit kannten oder nicht kannten.

Die Motive freilich qualifiziren auch hier das abstrakte leitende Prinzip genau so irrig, wie sie es bei der Prorogation im Civilprozeß thun. Sie führen es auf den Verzicht des Beschuldigten zurück. Und doch ist der Verzichtswille hier eben so gleichgültig wie der Vereinbarungswille nach C.P.O. § 39. Es wird im Strafprozeß Niemandem beikommen, aus dieser schiefen theoretischen Auffassung der Motive Folgerungen zu ziehen für die Frage des Kontumazialverfahrens. Ist der Angeschuldigte abwesend und gegen ihn nach §§ 318 ff. ein Hauptverfahren zulässig, so wird sein Einwand der Unzuständigkeit unerachtet seines mangelnden Verzichtswillens präkludirt, wie im kontradiktorischen Verfahren, und erlangt damit das Gericht die Zuständigkeit.[27]) Das Gesetz hat nicht ausdrücklich die Präklusion auch für den Fall der Kontumaz „statuirt“, aber konsequent tritt sie mit dem regelmäßigen gesetzlichen Präklusionsmoment ein.

## VI.

Der Anwendung des Präklusionsprinzips auf den Versäumnißfall im Civilprozeß stellen sich nicht unerhebliche Bedenken entgegen, Bedenken, zu welchen der Strafprozeß keinen Anlaß giebt.

1.) Als Präklusionsmoment nennt § 247 wie § 39 das mündliche Verhandeln zur Hauptsache. Auf dieses positive Handeln wollen daher meine Gegner die Prorogation beschränken. Es folgt ihr Ausschluß im Versäumnißfalle. So hat das Reichsgericht sich verleiten lassen, die Präklusion des § 247 Abs. 3 für sämmtliche verzichtbare prozeßhindernde Einreden in dem Versäumnißfall in Zweifel zu ziehen.

Es liegt nun auf der Hand, daß niemals ein rein negatives Moment präkludirend wirken kann. Versäumniß tritt nur ein, wenn ein Positives gegeben ist, bis zu dem zu handeln war, wäre dasselbe auch nur der Eintritt eines Zeitpunkts. Daher wäre es widersinnig, die Präklusion im Versäumnißverfahren zu behaupten, wenn dasselbe

---

[27]) Vgl. Löwe zur Strafprozeßordnung § 16 Note 9.

eines solchen positiven präkludirenden Moments entbehrte. Und es scheint ihm in der That zu fehlen, da ja mündliches Verhandeln das Gegentheil des Versäumens ist.

Aber es ist irrig, nur im mündlichen Verhandeln zur Hauptsache das Präklusionsmoment des § 247 finden zu wollen. Es fordert das Gesetz gleichzeitiges Vorbringen der Einreden und ihr Vorbringen vor der mündlichen Verhandlung. Es will also nicht sukzessives Vorbringen. Die Versäumnißfolge des § 208 schneidet die Einrede der Unzuständigkeit ab, wenn andere prozeßhindernde Einreden erhoben werden.[28]) Hier wird noch nicht zur Hauptsache mündlich verhandelt, aber es steht bereits fest, daß zu ihr verhandelt werden muß, sobald das Gericht die erhobenen prozeßhindernden Einreden verwirft. Also ist das Gericht nicht in der Lage, wenn nachträglich im Termin zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache der Beklagte ausbleibt, für ihn die Zuständigkeit zu prüfen. Es ist nicht in der Lage, die offen aus der Klage erhellende Unzuständigkeit auszusprechen. Es muß Versäumnißurtheil nach § 296 geben. Es realisirt damit die in Folge der Präklusion feststehende Defensionspflicht.

Auch bei völliger Passivität des Beklagten fehlt dem Versäumnißverfahren der kritische Zeitpunkt des § 247 nicht.

Es fällt hier zeitlich Präklusion und Einlassung in der Hauptsache, Eintritt in das Judizium zusammen. Beides fällt in den Schluß des Termins zur mündlichen Verhandlung (§ 197). Mit diesem richterlichen Akt hat der Beklagte seine Rechtsbehelfe versäumt und wird er als eintretend in den Streit über die Hauptsache behandelt.[29]) Er gilt als den Anspruch bestreitend und die Klagthatsachen zugestehend. Das ist, wenn auch aufgezwungene, so doch Einlassung auf die Hauptsache. Sie ist gleichwerthig dem Eintritt in die mündliche Verhandlung zur Hauptsache. Diese Auffassung wird auch gestützt durch § 490 Abs. 1 vgl. mit § 296.[30])

---

[28]) Fitting a. a. O. S. 229 und Struckmann-Koch zu § 247 Note 2. Es ist m. E. unbegründet, dem § 247 unterlegen zu wollen, daß er die Voraussetzungen für die isolirte Behandlung der prozeßhindernden Einreden, nicht zugleich die präkludirende Eventualmaxime für sie statuiren wollte. Vgl. Motive S. 469.

[29]) Ihren formellen Ausdruck und ihre Folgerung findet die Versäumnißfolge im Versäumnißurtheil; aber sie selbst geht ihm voran; vgl. meine Vorträge S. 201 ff.

[30]) Siehe oben S. 709.

2) Schon im Vorstehenden liegen die entscheidenden Gründe gegen die Meinung derer, welche im Versäumnißfalle zum mindesten den richterlichen Ausspruch der aus der Klage selbst ersichtlichen Unzuständigkeit fordern. Es wäre das ein richterliches Ergänzen der der ausschließlichen Disposition des Beklagten unterliegenden Einrede der Inkompetenz. Es wäre Verletzung der Verhandlungsmaxime. Gewiß hat der Richter die vom Kläger selbst eingeräumten den Anspruch hindernden oder vernichtenden Thatsachen bei der Beurtheilung des Thatbestandes zu berücksichtigen. Aber hiermit hat nichts zu thun die Ergänzung eines verzichtbaren prozessualischen Vertheidigungsmittels. Sie wäre zu vergleichen der richterlichen Supplirung einer rechtsverfolgenden Einrede, z. B. der Einrede der Retention. So wenig der Richter die Einreden des § 247 Nr. 4, 5 von Amtswegen beachten könnte, so wenig darf er bei denkbarer Prorogation seine Unzuständigkeit amtlich beachten.

## VII.

Das bisherige Ergebniß dieser Erörterungen ist, daß die thatsächliche Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt nicht nur durch mündliche Verhandlung zur Hauptsache, sondern auch durch Versäumniß solcher Verhandlung möglich ist. Ihr Wesen liegt in dem zum Einlassen auf die Hauptsache zwingenden Verschweigen der prozeßhindernden Einrede. Nur konsequent ist es, daß dieses Verschweigen in jedweder Gestalt gleich wirksam ist, in der Form der totalen Passivität des nicht erscheinenden Beklagten, in der Form des Nichtverhandelns des erschienenen Beklagten, in der Form seines Nichtverhandelns zur Hauptsache nach vorgängigem Rügen prozessualischer Mängel.

Aber es steht dieser Auffassung noch folgendes Bedenken entgegen. Wie kann der Beklagte seine Einrede der Unzuständigkeit versäumen, da er doch der Gerichtsgewalt des unzuständigen Richters nicht unterworfen ist, ihn daher dessen Anordnungen nicht binden noch mit einem Verlust von Rechtsbehelfen bedrohen können?

Dieser Zweifel ist es offenbar, welcher Fitting veranlaßt hat, in den Fällen möglicher Prorogation von vornherein den Richter als zuständig anzusehen. Die Einrede der Unzuständigkeit soll nicht die vorhandene Inkompetenz rügen, sondern nur den Beklagten von der ihm an sich obliegenden Vertheidigungspflicht befreien. Es ist

diese Einrede vergleichbar der Ablehnung des befangenen Richters. An sich zur Ausübung seines Amtes befähigt, kann ihm doch die Partei diese Ausübung unmöglich machen.

So leicht mit dieser Konstruktion sich manche Schwierigkeiten lösen würden, scheint sie mir doch mit dem Gesetze und der bisherigen deutschen Rechtsanschauung nicht vereinbar. Wie will, um nur Eins hervorzuheben, Fitting es erklären, daß nach G.V.G. § 103 einem an sich zuständigen Gerichte das Recht zukommen kann, eine Sache von sich abzulehnen? Und doch müßte auch in diesem Falle nach jener Theorie die Einrede der Unzuständigkeit als Ablehnung des an sich kompetenten Gerichts aufgefaßt werden. Nicht minder steht Fitting's Ansicht die strafprozessuale Kompetenzordnung entgegen. Nach meinen obigen Ausführungen (S. 725 ff.) wirkt auch hier das Verschweigen des Einwandes der Unzuständigkeit den Gerichtsstand. Konsequent würde Fitting die Gerichtsunterworfenheit des Beschuldigten von vornherein annehmen müssen. Und doch sagt das Gesetz ausdrücklich, daß das Gericht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt seine Inkompetenz von Amtswegen aussprechen solle.

Der Begriff der Zuständigkeit für eine Sache bedeutet einerseits die Berechtigung zum Rechtssprechen, andrerseits die Verpflichtung zum Rechtgeben in dieser Sache. Es scheint mir unvereinbar, die Defensionspflicht des Beklagten bejahen und ihn zugleich für berechtigt erklären, dieselbe von sich abzulehnen. Eine ganz andre Frage ist, ob etwa kraft Privilegs dem Beklagten das Recht gegeben wird, sich unter bestimmten Voraussetzungen von einem allgemeinen persönlichen Gerichtsstand zu befreien, wie das in dem s. g. jus domum revocandi einstmals bestanden hat. Nach Fitting würde Jeder vor jedem deutschen Gericht einen allgemeinen Gerichtsstand haben für alle prorogirbaren Sachen. Aber in allen diesen Sachen wäre er nicht defensionspflichtig, wenn nicht einer der gesetzlichen Gerichtsstände oder ein pactum de prorogando foro vorläge.

Der oben angeregte Zweifel löst sich anders als durch solche Konstruktion. Das unzuständige Gericht hat nicht Gerichtsgewalt in der Sache selbst, aber es hat eine Zwangsgewalt in den prorogirbaren Sachen, kraft deren es den Beklagten zur Erklärung auf die Klage nöthigen kann. Selbst gebunden die Klage entgegen zu nehmen, auf sie Termin anzuberaumen und über sie zu verhandeln,

wenn der Beklagte die Unzuständigkeit nicht rügt, muß das Gericht berechtigt sein, von dem Beklagten die Beachtung der erfolgten Terminsanberaumung und Ladung zu fordern.[31] Nicht kann es ihn zwingen in der Sache zu streiten, aber wohl kann es ihn zwingen, wenn er nicht streiten will, dieses bei Folge des Ausschlusses seiner Einrede zu erklären. Es ergiebt sich das als eine logische Nothwendigkeit der Qualifizirung der Inkompetenz als eines Vertheidigungsgrundes des Beklagten. So hat denn auch der Strafprozeß unbedenklich die Beachtungspflicht gegenüber der Strafklage und ihrer Annahme seitens des Gerichts dem Beschuldigten auferlegt. Er ist gebunden bis zu bestimmter Zeit den Einwand der Unzuständigkeit zu bringen, widrigenfalls er ihn verliert.

---

## 19.

## Die sogen. fakultative mündliche Verhandlung der Civilprozeßordnung.

Von Herrn Landgerichtsrath Georg Hoffmann in Leipzig.

---

Die Civilprozeßordnung kennt eine Anzahl richterlicher Entscheidungen, von denen sie sagt, daß sie „ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden können." Es sind folgende:

1) Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht (§ 37).
2) Entscheidung über das Gesuch um Ablehnung eines Richters oder Gerichtsschreibers (§ 46 Abs. 1, § 49).
3) Verurtheilung von Gerichtsschreibern, gesetzlichen Vertretern, Rechtsanwälten u. s. w. zur Tragung der durch grobes Verschulden veranlaßten Kosten (§ 97 Abs. 2).
4) Festsetzung der zu erstattenden Prozeßkosten (§ 99 Abs. 1).
5) Bewilligung und Entziehung des Armenrechts (§ 117).
6) Anordnung der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten (§ 160 Abs. 1).

---

[31]) Von dieser Anschauung gingen aus von Amsberg und Heß in der R.J.K. Vgl. meine Abhandl. S. 394.

7) Bewilligung der öffentlichen Zustellung (§ 187 Abs. 1).
8) Abkürzung oder Verlängerung einer Frist (§ 203).
9) Verlegung eines Termins (§ 205 Abs. 2).
10) Aussetzung des Verfahrens (§ 225 Abs. 2).
11) Berichtigung von Schreib- und Rechnungsfehlern u. s. w. im Urtheil (§ 290 Abs. 2).
12) Bestimmung der Einspruchsfrist im Falle der Zustellung des Versäumnißurtheils im Ausland oder mittelst öffentlicher Bekanntmachung (§ 304 Abs. 2).
13) Entscheidung über das Gesuch um Ablehnung eines Sachverständigen (§ 371 Abs. 4).
14) Entscheidung über das Gesuch um Sicherung des Beweises (§ 451 Abs. 1).
15) Die Entscheidungen des Beschwerdegerichts über erhobene Beschwerde (§ 536 Abs. 1).
16) Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung, Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln im Falle des Antrags auf Wiedereinsetzung oder Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 647 Abs. 2).
17) Desgleichen im Falle der Anfechtung des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils mittelst Einspruchs oder Rechtsmittels (§ 657).
18) Entscheidungen über Einwendungen des Schuldners gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel (§ 668 Abs. 1 verb. § 705 Abs. 3).
19) Sämmtliche Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts bezüglich der den Gerichten zugewiesenen Anordnung von Vollstreckungshandlungen — §§ 685, 688 Abs. 2, 690 Abs. 3, 696 Abs. 3, 710 Abs. 4, 726, 728 Abs. 1, 729 ff. verb. 772, 810; 743 Abs. 1, 746 Abs. 1, 747 Abs. 1, 754 Abs. 3. 4, 755 ff., 769 Abs. 3, 771 Abs. 4, 782, 810, 813 Abs. 2 — und Mitwirkung bei denselben — 678 Abs. 3, 681 Abs. 1, 693 Abs. 2, 698, 699 Abs. 1, 723, 724, 793 — (§ 684 Abs. 3).
20) Entscheidungen des Prozeß- bezw. des Vollstreckungsgerichts wegen Einstellung u. s. w. der Zwangsvollstreckung im Falle nachträglicher Einwendungen des Schuldners gegen den Anspruch, gegen den Eintritt der Bedingung der Vollstreckbarkeit und gegen die Annahme des Eintritts der Rechtsnachfolge (§ 688 Abs. 3).

21) Desgleichen im Falle der Intervention Dritter (§ 690 Abs. 3).
22) Desgleichen im Falle von Einwendungen des Benefizialerben gegen die Zwangsvollstreckung (§ 696 Abs. 3).
23) Anordnung der Hinterlegung des Erlöses aus einer gepfändeten Sache mit Rücksicht auf das von einem Dritten geltend gemachte Pfand- oder Vorzugsrecht (§ 710 Abs. 4).
24) Entscheidungen behufs Erzwingung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen des verurtheilten Schuldners (§ 776).
25) Anordnung des Arrestes (§ 801 Abs. 1).
26) Aufhebung des vollzogenen Arrestes (§ 813 Abs. 3).
27) Erlassung einstweiliger Verfügungen durch das Gericht der Hauptsache in dringenden Fällen (§ 816 Abs. 2).
28) Desgleichen durch das Amtsgericht der belegenen Sache (§ 820 Abs. 3).
29) Erlassung des Aufgebots (§ 824 Abs. 1).

---

Die Prozeßordnung statuirt mit dem Ausdruck, daß die soeben zusammengestellten Entscheidungen „ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden können," die Abhaltung der letzteren formell als Regel, die sofortige Kognition, mit Uebergehung der mündlichen Verhandlung, als Ausnahme. Allein schon die Motive (Allgem. Begr. § 4 S. 20, bei Hahn, Materialien zur C.P.O. S. 125) sprechen in unsern Fällen von Entscheidungen des Gerichts, „nachdem eine mündliche Verhandlung *ausnahmsweise* angeordnet ist." Und die Praxis hat, wie bei der zumeist einfachen Natur dieser Dekrete vorauszusehen war, von der sofortigen Kognition einen so ergiebigen Gebrauch gemacht, daß auch thatsächlich diese letztere zur Regel, die vorgängige mündliche Verhandlung aber zur Ausnahme geworden ist. Sie ist daher von *Wach*, Vorträge S. 100, und von *Seuffert*, Komm. zu § 119 Not. 3 passend als *fakultative mündliche Verhandlung* bezeichnet worden.

In der geschäftlichen Behandlung dieses Instituts, namentlich in Beziehung zu den Fragen der Prozeßfristen, des Prozeßbetriebs, des Anwaltszwanges, der Oeffentlichkeit, der Entscheidungsform, der Versäumnißfolge und anderen hat sich schon gegenwärtig eine ziemlich erhebliche Verschiedenheit herausgebildet. Ein Beitrag zur Lösung dieser in ihren mannigfachen Verzweigungen höchst interessanten

Schwierigkeiten dürfte deshalb dem Praktiker nicht unwillkommen sein.

## I.

Kardinalfrage ist offenbar das Verhältniß unsrer fakultativen zu der ordentlichen mündlichen Verhandlung des ersten Titels im dritten Abschnitt (§§ 119 ff.) der C.P.O. Ich stehe nicht an, beide Arten der Verhandlung als grundsätzlich und begrifflich von einander verschieden zu bezeichnen.

Die Motive (Allgem. Begr. § 4 S. 20 ff., bei Hahn S. 124, 125) folgern aus der Formulirung des § 119, „daß der Grundsatz der Mündlichkeit eben so wenig wie der Grundsatz der Oeffentlichkeit das ganze Prozeßverfahren beherrscht." Er leidet „keine Anwendung auf Zwischenstreitigkeiten, welche zwischen einer Partei oder auch beiden Parteien einerseits und einer dritten Person, dem Nebenintervenienten, einem Zeugen oder dem Rechtsanwalt der Gegenpartei andererseits entstehen. Soll der Grundsatz auch auf derartige Zwischenstreitigkeiten Anwendung finden, was sich ohne Zweifel empfiehlt, so wird der Gesetzgeber besonders vorzuschreiben haben, daß dieselben nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu entscheiden seien." So in den §§ 68 Abs. 1, 126 Abs. 2, 354 Abs. 2 des Gesetzes, wo überall obligatorische, nicht bloß fakultative, mündliche Verhandlung in Frage steht. Die Motive sagen weiter: „Selbst in denjenigen Fällen ist für den Grundsatz der Mündlichkeit kein Raum, wo eine richterliche Entscheidung auf einseitigen Antrag einer Partei zu treffen ist oder doch getroffen werden kann. In derartigen Fällen wird der Gesetzgeber, um die richtige Anwendung der Gesetze zu sichern, auszusprechen haben, daß die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen könne, wodurch nicht ausgeschlossen wird, daß das Gericht nach Lage des einzelnen Falles entweder der Gegenpartei Gelegenheit giebt, sich zu Protokoll oder mittelst eines Schriftsatzes zu erklären, oder erst entscheidet, nachdem eine mündliche Verhandlung ausnahmsweise angeordnet worden ist." — „Demgemäß bleibt, als durch den Grundsatz der Mündlichkeit beherrscht, nur dasjenige Parteiverfahren übrig, welches als ein gleichzeitiges sich darstellt, mag dasselbe nun wirklich gleichzeitig sein oder nach den Intentionen des Gesetzgebers gleichzeitig sein sollen (Versäumnißverfahren). Diesen Gedanken kann man auch so ausdrücken: dasjenige Verfahren, welches als eigentliche Verhandlung zwischen den streiten-

den Parteien sich karakterisirt, beruht auf dem Grundsatze der Mündlichkeit. Spricht der Gesetzgeber diesen Gedanken in dem Gesetze als einen allgemeinen aus, so werden die einzelnen Anordnungen im Sinne desselben auszulegen sein. Hiervon wird auch der Gesetzgeber ausgehen dürfen, wenngleich es sich empfehlen wird, in Fällen, wo es zweifelhaft sein kann, ob ein Verfahren als ein gleichzeitiges vom Gesetzgeber gedacht sei, ausdrücklich auszusprechen, daß die Entscheidung nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu erlassen sei." So in den oben angezogenen §§ 68, 126, 354 des Gesetzes.

Die ordentliche, eigentliche mündliche Verhandlung ist „die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte" (§ 119).

Die fakultative mündliche Verhandlung wird selbstverständlich zwar gleichfalls vor dem Gericht, unter Leitung desselben bezw. seines Vorsitzenden abgehalten. Allein es giebt Fälle, wo sie als kontradiktorische, als Verhandlung unter den gleichzeitig anwesenden Parteien gar nicht gedacht ist. So kann z. B. nur die um Bewilligung der öffentlichen Zustellung (§ 187 Abs. 1) bezw. um Bestimmung der Einspruchsfrist (§ 304 Abs. 2) nachsuchende Partei bei dem gleichwohl als mündliche Verhandlung bezeichneten Akte vertreten sein. Ebenso, wenn im Falle des § 451 Abs. 1 der Beweisführer zum ewigen Gedächtniß einen bestimmten Gegner nicht zu bezeichnen vermag und ein Vertreter für letzteren nicht bestellt ist ( § 455).

Die fakultative mündliche Verhandlung vollzieht sich ferner nicht nothwendig zwischen den eigentlichen Prozeßparteien. So im Falle des § 97, in welchem der für kostenpflichtig erachtete Gerichtsschreiber, Vertreter, Rechtsanwalt, ohne irgend mit seiner Person in den Rechtsstreit einzutreten, doch neben den Prozeßparteien als „Betheiligter" erscheint. So im Falle des § 371 Abs. 4, wo der abzulehnende Sachverständige als ein an der Verhandlung Betheiligter genannt ist. So bei Differenzen mit dem Gerichtsvollzieher im Laufe der Zwangsvollstreckung (§ 685 verb. § 684 Abs. 3).

Die fakultative mündliche Verhandlung, auch insoweit sie unter den Prozeßparteien selbst gepflogen wird, hat weiter regelmäßig nicht den eigentlichen Rechtsstreit, d. h. das der Entscheidung durch Richterspruch harrende Sachverhältniß selbst zum Gegenstande. So betreffen die auf fakultative Verhandlung ergehenden Entscheidungen bald eine vom Streitverhältniß völlig losgelöste Frage (§ 97), bald dienen

sie nur der Sicherung erst künftig zu verfolgender Rechte (§ 451 und die arrestatorischen Verfügungen), bald sind sie lediglich prozeßleitend (§§ 160 Abs. 1, 187, 203, 205, 225, 304 Abs. 2, 824 Abs. 1), bald rein exekutivisch oder, wie die Motive sich ausdrücken: „mehr ordnend, administrativ, nicht eigentlich prozessualisch" (§ 99 und die im Zwangsvollstreckungsverfahren ergehenden Entscheidungen).

Die fakultative mündliche Verhandlung findet endlich nicht nothwendig vor dem erkennenden Gerichte statt, wenn hierunter das mit dem Ganzen des Rechtsstreits befaßte und durch Urtheil über Grund oder Ungrund des geklagten Anspruchs entscheidende Gericht verstanden wird. So hat die fakultative Verhandlung des § 37 gerade die Bestimmung des zuständigen, d. h. des künftig erkennenden Gerichts und somit lediglich einen Akt der Justizverwaltung (Puchelt, Komm. zu § 37 N. 10) zum Gegenstande, so handelt es sich beim Beweis zum ewigen Gedächtniß (§ 451 Abs. 1) überhaupt nicht um eine Entscheidung über den Anspruch, so sind endlich ganze Gruppen der in das Zwangsvollstreckungsverfahren gehörigen, auf fakultative Verhandlung ergehenden Entscheidungen vom Prozeßgericht abgelöst und dem Vollstreckungsgericht überwiesen (§ 684 Abs. 3).

Allein auch abgesehen von diesen mehr äußerlichen Inkongruenzen, so ergeben sich aus dem Zweck und dem Wesen beider Verhandlungsarten die tiefgehendsten Verschiedenheiten zwischen der fakultativen und der ordentlichen mündlichen Verhandlung der Prozeßordnung.

Der mündliche Vortrag in der letzteren, sagen wir kurz der Hauptverhandlung, bildet „die relevante Erscheinungsform der Urtheilsgrundlagen, soweit sie im Parteivorbringen zu finden ist (Wach Vorträge S. 4)". Was an thatsächlichem Material in der Hauptverhandlung nicht vorgetragen ist, und wäre es im vorausgegangenen Schriftenwechsel noch so bestimmt behauptet, vom Gegner noch so unumwunden zugestanden, ist — von den Wirkungen der Klagerhebung und der Besonderheit des § 300 Nr. 3 abgesehen — für das erkennende Gericht nicht vorhanden. Ja es besteht für dasselbe, wenigstens im landgerichtlichen Verfahren, nicht einmal die Verpflichtung, durch Ausübung des Fragerechts eine mündliche Parteierklärung hierüber zu extrahiren.

Ganz anders in den Fällen der fakultativen mündlichen Verhandlung. Schon aus der Fassung des Gesetzes: „die Entscheidung

kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen," ergiebt sich, daß das vor der letzteren in Schriften oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers vorgetragene Behauptungs- und Beweismaterial nebst den gestellten Anträgen für das Gericht bereits nach seinem ganzen Umfange existirt. Denn wird die Anordnung mündlicher Verhandlung nicht beliebt, so ist das Gericht dennoch zum Erlaß der Entscheidung befugt und dann von selbst auf die ihm gebrachten schriftlichen Unterlagen beschränkt. Es wäre paradox, in starrer Durchführung des Mündlichkeitsprinzips sagen zu wollen: das Gericht — es stand vielleicht schon im Begriff, nach eingehender Berathung und Würdigung des Aktenmaterials die erbetene Entscheidung sogleich zu ertheilen — müsse sich, wenn es nun doch mündliche Verhandlung anordnet, aller dieser Wissenschaft wieder entschlagen und erwarten, was demnächst in freier Rede und Gegenrede von den Parteien vorgebracht werde. Wenn das Gesetz an das urtheilende Gericht allerdings diese Anforderung stellt, so darf doch nicht übersehen werden, daß es in § 120 den vorausgehenden Schriftenwechsel ausdrücklich als einen vorbereitenden bezeichnet und damit dem Richter geradezu verbietet, den Schriftsätzen eine größere Bedeutung als die eines Orientirungsmittels beizulegen.

Das vor der fakultativen Verhandlung dem Gericht schriftlich vorgetragene mehr oder weniger vollständige Material ist also bereits Prozeßstoff geworden. Das Gericht soll und darf ihn benutzen, gleichviel, ob es die Anordnung mündlicher Verhandlung beliebt oder nicht. Der Zweck der letzteren ist hiernach leicht erkennbar. Er besteht in der Vervollständigung der Entscheidungsunterlagen, in der größeren Klarstellung eines minder einfachen Sach- und Rechtsverhältnisses, wie sie durch die kontradiktorische, d. h. die unter Kontrole und Gehör des gleichzeitig anwesenden Gegners sich vollziehende mündliche Verhandlung am sichersten gewährleistet wird. Sie bezweckt nicht, wie die Hauptverhandlung, die Beschaffung des vorher gar nicht vorhandenen Entscheidungsmaterials, sie dient vielmehr lediglich dem größeren Informationsbedürfniß des bereits unterrichteten und eben deshalb einer Bewilligung des Gesuchs nicht von vornherein abgeneigten Gerichts. So sagen z. B. die Motive zu § 99 des Gesetzes: „stellen sich im einzelnen Falle Schwierigkeiten heraus, so kann das Gericht mündliche Verhandlung anordnen." Hieraus folgt zugleich, daß dem Gericht die Vornahme der

Verhandlung weder von der Partei noch von dem Vorsitzenden allein aufgenöthigt werden kann, sondern immer einen dahin gehenden Kollegialbeschluß voraussetzt.

Dieser informatorische Karakter der fakultativen Verhandlung wird recht deutlich erkennbar im Zusammenhalt mit einer Anzahl anderweitiger Bestimmungen der Prozeßordnung, in denen sie ein vorgängiges „Gehör" der Parteien, des Gegners, der Betheiligten zuläßt (z. B. §§ 204 Abs. 3, 666 Abs. 2, 669 Abs. 2) oder vorschreibt (z. B. §§ 97 Abs. 2, 203 Abs. 2, 352 Abs. 1, 581, 743 Abs. 2, 776) oder auch ganz verbietet (§§ 48 Abs. 2, 573 Abs. 2, 735). Ist das gegnerische Gehör nur zugelassen, so steht es ähnlich wie in unsern Fällen. Zwar die Befugniß, mündliche Verhandlung anzuberaumen, ist in diesen minder wichtigen Angelegenheiten dem Gericht entzogen. Allein die Befragung des Gegners — mündlich oder schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers — dient ihm als Mittel, sich die entbehrte nähere Kenntniß der Sachlage zu verschaffen. Es soll und muß dieses Erforschungsmittel anwenden überall, wo das gegnerische Gehör vorgeschrieben ist. Es steht ihm aber, wenigstens in den Fällen der §§ 97, 203, 743, 776 die Wahl offen, ob es sich an diesem Gehör genügen lassen oder auch weiter bis zur Anordnung mündlicher Verhandlung vorschreiten will.

Die fakultative mündliche Verhandlung erscheint demnach als das am weitesten gehende, das bloße Gehör als ein minder weit gehendes Informationsmittel des Gerichts. Wenn nun das majus das minus in sich begreift, so ergiebt sich, daß dem Gericht gestattet sein muß, überall da, wo die mündliche Verhandlung fakultativ zugelassen ist, statt derselben einfach nur den oder die Betheiligten zu hören, selbst wenn ein solches Gehör neben der mündlichen Verhandlung nicht noch besonders vom Gesetze erwähnt wird. So auch die Allgem. Begr. § 4 s. oben S. 733. Das Gericht darf aber endlich sich sowohl der mündlichen Verhandlung als des einfachen Gehörs — wo letzteres nicht präzeptiv angeordnet ist — gänzlich entschlagen und auf das Gesuch ohne Weiteres stattgebend oder zurückweisend entscheiden.

Trotz dieser grundsätzlichen inneren Verschiedenheiten beider Verhandlungsarten gehe ich doch nicht soweit, die für die Hauptverhandlung ertheilten Vorschriften auf die fakultative Verhandlung

schlechthin für unanwendbar zu erklären. Selbstverständlich gelten hier wie dort die Bestimmungen über die Sitzungspolizei (G.V.Ges. §§ 177 ff.), über Rechte und Pflichten des Vorsitzenden und der Gerichtsmitglieder (C.P.O. §§ 127, 130, 131), über die Einleitung und den äußern Gang der Verhandlung, insoweit sie sich wirklich kontradiktorisch vollzieht (§§ 128, 142, 143), über die wechselseitige Erklärungspflicht der Parteien (§ 129), über Anordnung des persönlichen Erscheinens derselben (§ 132), wegen Vorlegung von Urkunden und Akten (§ 133, 134), über Augenscheinseinnahme und Begutachtung durch Sachverständige (§ 135) — soweit nicht § 266 Abs. 2 entgegensteht — und analog selbst die Vorschriften über die Trennungs- und Vereinigungsbefugniß des Gerichts (§§ 136 ff.), über die Protokollaufnahme (§§ 145 ff.) u. s. w.

Das erste die Entscheidung erbittende Gesuch wird sich zweckmäßig in den Formen des § 121 zu halten haben. Zweifelhafter scheint dagegen, ob die Vorschriften über den vorbereitenden Schriftenwechsel (§§ 120 ff.) Anwendung finden. Die Motive (Allgem. Begr. zu § 10 S. 38 Abs. 2, bei Hahn S. 138) scheinen dies zu bejahen. Allein eine Mittheilungspflicht an den Imploraten kann schon um deswillen nicht anerkannt werden, weil gerade das Wesen unsrer Entscheidungen darin besteht, daß sie vom Richter auf einseitigen Antrag der Partei erlassen werden können und in der Regel auch nach einer nur zwischen Richter und Imploranten über den Kopf des Imploraten hinweg sich vollziehenden Kommunikation erlassen werden. Damit entfällt zugleich die Anwendbarkeit der in C.P.O. § 245 Abs. 2 und G.K.G. § 48 getroffenen Bestimmungen. Sie sind auch entbehrlich, da das Gericht, so gut es die Anberaumung mündlicher Verhandlung von vornherein unterlassen durfte, folgerecht auch nach Eröffnung derselben wieder von ihr abgehen und in sogenannter berathender Sitzung definitiv über das Gesuch entscheiden darf.

Endlich wird gemäß G.V.G. § 170 die Oeffentlichkeit auch der fakultativen mündlichen Verhandlung überall da gefordert werden müssen, wo die wenn auch nur einen Zwischenstreit betreffende Verhandlung vor dem zur Entscheidung der Hauptsache berufenen, d. i. dem erkennenden Gerichte abgesetzt wird, sowie im Arrestverfahren (§§ 801, 802 Abs. 2), wo dem Gericht die Entscheidung mittelst

Endurtheils auch bei nicht anhängiger Hauptsache zur Pflicht gemacht ist.

II.

Seine praktische Bedeutung äußert der Unterschied beider Verhandlungsarten vornehmlich in folgenden Richtungen:

1. **Die Ladung zur fakultativen mündlichen Verhandlung wird, auch im landgerichtlichen Verfahren, nicht von der Partei, sondern von Amtswegen bewirkt.**

Bekanntlich ist das in § 191 aufgestellte Prinzip des Prozeßbetriebs durch die Partei von der Prozeßordnung keineswegs streng durchgeführt (vgl. z. B. §§ 187, 342, 354, 367, 326, 331, 333, 335 und Allgem. Begr. § 1 S. 8, bei Hahn S. 116; bes. Motive zu §§ 146—183 des Entw. S. 139, bei Hahn S. 220). Schon die Fassung des § 191 nöthigt nicht, in allen Fällen der auch ohne mündliche Verhandlung zu erlassenden Entscheidung eine der Partei obliegende Ladepflicht anzunehmen; denn eine mündliche Verhandlung zur Hauptsache steht nirgends in Frage, und auch als Zwischenstreitigkeiten würden sich beispielsweise die Fälle der §§ 99, 451, 776, 801, 813, 816, 820, 824 nur sehr gezwungen bezeichnen lassen, wenn die Hauptsache noch nicht oder nicht mehr anhängig ist. Allein auch angenommen, das Gesetz habe unsre sämmtlichen Fälle als Zwischenstreite im Sinne des § 191 gedacht, so würde sich doch, wenigstens im landgerichtlichen Verfahren, die Parteiladung einfach als undurchführbar erweisen. Man müßte davon ausgehen, daß der Implorant immer zu supponiren habe, das Gericht werde auf sein Gesuch — wie nach dem **Wortlaut** des Gesetzes allerdings ja die Regel bildet — nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung entscheiden. Man müßte deshalb, in bedenklichem Widerspruch mit § 15 der Geb.O. für Rechtsanwälte, von ihm verlangen, daß er in jedem Falle die Ladung des Gegners nebst der Aufforderung zur Bestellung eines Anwalts (§ 192) in das Gesuch mit aufnehme und binnen 24 Stunden die Terminsbestimmung durch den Vorsitzenden gewärtige. Nun kann aber der letztere zur Terminsbestimmung nicht eher vorschreiten, als bis er einen Kollegialbeschluß darüber herbeigeführt hat, daß nicht sofort, auch nicht nach formlosem Gehör des Imploraten, sondern erst nach vorgängiger mündlicher Verhandlung in der Sache entschieden werden solle. Es leuchtet ein, daß diese Vorentscheidung nur sehr ausnahmsweise binnen 24 Stun-

den gefallen sein kann, will man nicht die stete Präsenz der Gerichtsmitglieder an der Gerichtsstelle postuliren. Es kommt hinzu, daß der Implorant wohl berechtigt scheint, in der großen Mehrzahl der Fälle, namentlich bei Gesuchen in einfachen und der Beschleunigung bedürfenden Sachen die sofortige, d. h. die mit Umgehung der mündlichen Verhandlung zu erlassende meritorische Entscheidung zu erwarten. Mit Rücksicht hierauf ist er sogar verpflichtet, überall da, wo die Glaubhaftmachung der Gesuchsunterlagen oder die Beibringung von Zeugnissen u. s. w. vorgeschrieben ist (z. B. §§ 44 Abs. 2, 99 Abs. 2, 109 Abs. 2, 202 Abs. 2, 371 Abs. 2, 3, 449 Ziffer 4, 647 Abs. 1, 657, 688 Abs. 1, 690 Abs. 3, 696 Abs. 3, 710 Abs. 4, 800 Abs. 2, 815), dem Gesuche zugleich die ihm zu Gebote stehenden, namentlich die etwaigen urkundlichen Beweismittel beizufügen. Thut er es nicht, so setzt er sich der Gefahr aus, daß das Gericht die mündliche Verhandlung nicht beliebt und ihn wegen nicht genügender Glaubhaftmachung der Gesuchsunterlagen (§ 266 Abs. 2) mit dem Antrage zurückweist, eine Gefahr, welcher er auch dann nicht mit Sicherheit entgeht, wenn er um Anberaumung mündlicher Verhandlung bittet und in dieser sich zur Glaubhaftmachung erbietet. Denn das Gericht *kann* ja auch ohne diese Verhandlung entscheiden.

Es scheint daher ebenso zweckmäßig, als mit den Grundsätzen der Prozeßordnung vereinbar, daß das Gericht nach Eingang des Gesuchs sich zunächst schlüssig mache, ob es mit oder ohne mündliche Verhandlung darüber kognosziren will, daß es mit dem Beschluß, vorher in die Verhandlung einzutreten — und diesen Beschluß als einen nicht verkündeten hat es *beiden**) Parteien von Amtswegen zustellen zu lassen (§ 294 Abs. 3) — zugleich die Terminsbestimmung verbinde und in dieser Gestalt selbst die Ladung übernehme, selbstverständlich ohne hierdurch den Imploranten von der Pflicht zur eigenen Sistirung der Zeugen ꝛc. als Mittel der Glaubhaftmachung zu entbinden. Das nobile officium dürfte zugleich Veranlassung bieten, den Imploraten durch Zustellung einer Abschrift des Gesuchs oder durch kurze inhaltliche Wiedergabe des letzteren von dem Anverlangen des

---

*) Es ist schon deshalb unrichtig, wenn *Seuffert*, Komm. zu § 776 N. 1 annimmt, daß zu der angeordneten mündlichen (und im Zweifel doch kontradiktorischen) Verhandlung auch der Schuldner allein geladen werden könne.

Imploranten in Kenntniß zu setzen und dabei gemäß § 192 an die noch unvertretene Partei die Aufforderung zu richten, einen bei dem Prozeßgericht zugelassenen Anwalt zu bestellen (s. unten bei 3).

2) Die Fristbestimmungen der C.P.O. leiden auf den Termin zur fakultativen mündlichen Verhandlung keine Anwendung.

Daß in unsern Fällen von einer Klagebeantwortung (§ 244) und damit zugleich einer Einlassungsfrist (§§ 234, 459) überall nicht die Rede sein kann, ist selbstverständlich. Allein auch die Ladungsfrist des § 194 braucht nicht eingehalten zu werden. Ganz gewiß nicht in noch nicht anhängigen Sachen, wie es z. B. beim Beweis zum ewigen Gedächtniß oder im Arrestverfahren wenigstens die Regel bildet. Daß aber auch in anhängigen Sachen eine eigentliche Ladungsfrist nicht in Frage steht, ergiebt sich aus der Thatsache, daß das Gericht die meritorische Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung, also sofort und ohne Einräumung irgend welcher Frist erlassen darf. Hat es die sofortige Kognition nicht beliebt und durch Beschlußzustellung die Parteien auf einen Termin mit vielleicht nur eintägiger Frist vorgeladen, so kann keine derselben über Rechtsverkürzung sich beschweren, da ihnen ein Recht auf Aussetzung der Entscheidung überhaupt nicht oder doch nur auf so lange gewährleistet ist, als in den Fällen der §§ 97, 203, 743, 776 das obligatorische Gehör des Imploraten nicht stattgefunden hat. Auch die Natur der Sache lehrt, daß bei zahlreichen Gelegenheiten der Zweck der erbetenen Entscheidung vollständig vereitelt würde, wenn das Gericht genöthigt wäre, zwischen Zustellung der Ladung und dem Terminstage eine einwöchige oder selbst dreitägige Frist inneliegen zu lassen.

3) Der Anwaltszwang im landgerichtlichen Verfahren besteht auch für die fakultative mündliche Verhandlung. Setzen wir jedoch gleich hinzu: der Mangel der Vertretung zieht wesentliche Nachtheile in der Sache selbst regelmäßig nicht nach sich.

Die präzeptive Vorschrift des § 74 stellt außer Zweifel, daß die Parteien, wie überhaupt vor den Landgerichten, so namentlich in den vor denselben stattfindenden, sei es obligatorischen sei es fakultativen mündlichen Verhandlungen durch einen bei dem Prozeßgericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten sein müssen. Der letztere wird für seine Thätigkeit in der Verhandlung zweifellos auch die

Verhandlungsgebühr nach § 13 Ziffer 2 der Geb.-O. für Rechtsanwälte beanspruchen dürfen.

Wird daher in den Fällen der §§ 37, 97, 160, 187, 203, 205, 290, 304, 536 (abgesehen von § 532 Abs. 2) 647, 657, 688, 690, 696, 710, 776 dem Gericht, oder korrekter gesagt, dem Landgericht resp. dem Gericht höherer Instanz ein Gesuch ohne Vermittelung des Anwalts überreicht, so muß es völlig unberücksichtigt gelassen werden, so daß weder meritorische Entscheidung, noch auch die Anordnung mündlicher Verhandlung darauf ergeht, wenn das Gericht nicht von Amtswegen vorzugehen ermächtigt ist. Dagegen darf es sich mit Rücksicht auf den zweiten Absatz des § 74 in den Fällen der §§ 44, 49, 98, 109, 225, 371, 448, 800, 815, 824 und 532 Abs. 2 der Annahme des Gesuchs und der Entschließung auf dasselbe auch dann nicht entbrechen, wenn es von der Partei selbst eingereicht oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt ist. Ordnet hier das Gericht mündliche Verhandlung an und erscheint in derselben der Gesuchsteller ohne Anwalt, wie dann? Dann kann von einer eigentlichen mündlichen Verhandlung zwar nicht die Rede sein; denn verhandelt wird nur durch den Mund des Anwalts und ein fingirtes Verhandeln der nicht oder nicht gehörig erschienenen Partei, d. h. das Versäumnißverfahren, greift in diesen Fällen nicht Platz (s. unten bei 5). Allein wenn das Gericht vor der Verhandlung schriftliche oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärte Gesuche entgegennehmen und darauf kognosziren durfte, so erachte ich das Kollegium auch jetzt nicht für behindert, eine mündliche Erklärung (das Gesetz bedient sich dieses Ausdrucks in § 536) der Partei selbst anzuhören oder deren Aufnahme zu Protokoll des Gerichtsschreibers anzuordnen, wenn es eine solche zum Zwecke der Information für dienlich hält. Jedenfalls darf es das bereits vor der Verhandlung zu seiner Kognition gebrachte Gesuch, wie ich oben erörterte, nicht als nicht existent behandeln, sondern muß auf dasselbe stattgebend oder zurückweisend entscheiden.

Erscheint der Implorat ohne Anwalt, so entfällt die Möglichkeit mündlicher Verhandlung zwar gleichfalls. Allein wenn es, wie oben (S. 737) ausgeführt, in allen Fällen der fakultativen mündlichen Verhandlung dem Gericht nachgelassen ist, statt derselben den Gegner des Gesuchstellers einfach zu „hören“, so wird es auch hier nicht leicht auf dieses Gehör verzichten und demgemäß den Implo-

raten regelmäßig zum Worte verstatten. Es wird ihm dieses Gehör sogar da, wo es präzeptiv vorgeschrieben ist, gar nicht versagen dürfen. Nun soll das Gehör allerdings, nach der allgemeinen Fassung des § 74 vor den Landgerichten und allen Gerichten höherer Instanz durch den Mund des Anwalts, und wenn es schriftlich geschieht, durch ein vom Anwalt unterzeichnetes Schriftstück vermittelt werden. Ist es jedoch richtig, daß die fakultative mündliche Verhandlung das Informationsbedürfniß des Gerichts zu befriedigen bestimmt ist, so erhellt, daß dieser Zweck durch Ausforschung der persönlich erschienenen Partei regelmäßig ebenso gut, häufig sicherer noch als durch Gehör ihres Anwalts erreicht werden kann — ein Gesichtspunkt, der namentlich auch in der Bestimmung des § 132 zu Tage tritt. Es ist daher zu weit gegangen, wenn Seuffert, Kommentar zu § 776 Note 2, als Form des gegnerischen Gehörs vor dem Landgericht nur die schriftliche durch einen Anwalt verfaßte Erklärung gelten lassen will. Und daß dritte Betheiligte, in deren Interesse das Gericht ja auch mündliche Verhandlung anordnen kann (§ 97 Abs. 2, § 371 Abs. 4), durch einen Anwalt vertreten sein müssen, kann auch aus § 74 nicht gefolgert werden, welcher dies nur den eigentlichen Prozeßparteien zur Pflicht macht. Freilich sinkt, wenn vor dem Langericht keine oder nur eine der Parteien durch Anwalt vertreten ist, das Verfahren zu einem bloßen wechselseitigen Gehör der Betheiligten herab und ist von einer eigentlichen Verhandlung nicht mehr die Rede. Dann ist auch die Oeffentlichkeit des Aktes nicht weiter Erforderniß, selbst wenn er vor dem erkennenden Gerichte sich vollzieht.

4) Die Form der auf fakultative mündliche Verhandlung ergehenden Entscheidung ist (der Fall der §§ 801, 802 Abs. 1 ausgenommen) diejenige des Beschlusses.

Daß sie in Form des Urtheils erlassen werde, ist nur in §§ 801, 802 Abs. 1 vorgeschrieben. Sie wird ausdrücklich als „Beschluß" bezeichnet in den §§ 37 Abs. 2, 46 Abs. 2, 99 Abs. 3, 118, 160 Abs. 1, 203 Abs. 3, 290 Abs. 2, 3, 304 Abs. 2, 371 Abs. 5, 451 Abs. 2, 647 Abs. 2, 813 Abs. 4; sie heißt einfach „Entscheidung" in den Fällen der §§ 97, 187, 225, 688, 776, 816, 820, 824. Zwar ist im § 97 von einer in Form der Entscheidung ergehenden „Verurtheilung" die Rede; ebenso sprechen die §§ 773 Abs. 2 und 775 Abs. 1, 2 von „verurtheilen", § 774 Abs. 1 von „erkennen".

Allein erwägt man, daß z. B. in § 345 Abs. 3 das den ungehorsamen Zeugen „verurtheilende" und über ihn „erkennende" Dekret auch als Beschluß bezeichnet wird, während andernorts (§ 802 Abs. 1) Endurtheil und Beschluß sich ausdrücklich gegenübergestellt sind, so läßt sich aus dem schwankenden Sprachgebrauche des Gesetzes jedenfalls kein Anhalt dafür entnehmen, daß es unter den auf fakultative Verhandlung ergehenden Entscheidungen gerade Urtheile im Sinne des § 284 verstanden wissen will. Um so weniger als jene Entscheidungen sich theils gar nicht auf die eigentlichen Prozeßparteien beziehen (§ 97), theils rein prozeßleitender Natur sind (§§ 187, 225, 824), theils nur provisorische Verfügungen enthalten (§§ 688, 816, 820), bei denen das Gesetz die Form des Endurtheils, wo dieselbe ausnahmsweise beobachtet werden soll, ausdrücklich vorschreibt (§ 802 Abs. 1, 805, 806, 807, 815 verb. mit § 26 Ziffer 9 des Ger.-K.-Ges.). So bliebe der Fall des § 776 als der einzige übrig, bei welchem denkbar die Entscheidung in die Form des Urtheils gekleidet werden könnte. Dieses Urtheil, jenseit des rechtskräftigen Endurtheils im vorgeschrittenen Verlaufe des Vollstreckungsverfahrens ergehend, wäre aber als Zwischenurtheil im Sinne des § 275 nicht zu konstruiren, während es als Endurtheil sicher nicht dem Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (§ 701) zugänglich gemacht worden wäre (vgl. auch Allgem. Begr. § 11 a. E. S. 39, bei Hahn S. 139). So ist, von §§ 801, 802 abgesehen, in allen Fällen der fakultativen mündlichen Verhandlung die darauf ergehende Entscheidung an die Form des Beschlusses gewiesen, der gemäß § 294 Abs. 1, 2 zu verkünden und von Amtswegen nicht zuzustellen ist. Auch hiermit ist eine wichtige Verschiedenheit von der ordentlichen mündlichen Verhandlung des § 119, die prinzipiell im Endurtheil ihren Abschluß findet, gegeben. Namentlich bleibt das Gericht jederzeit in der Lage, den nach fakultativer Verhandlung verkündeten Beschluß — insoweit er mit einfacher (§ 530), nicht mit sofortiger Beschwerde (§ 540 Abs. 3) anfechtbar ist — wieder abzuändern, während ihm nach § 289 diese Möglichkeit abgeschnitten ist, sobald es in Form des End- oder Zwischenurtheils entschieden hat.

5. Eine eigentliche Versäumnißfolge wird durch das Ausbleiben der Betheiligten in der fakultativen mündlichen Verhandlung nicht begründet.

Ich suchte schon oben (S. 736 und 742 ff.) nachzuweisen, daß

das Gericht das ihm vorgetragene, für die Entscheidung relevante Behauptungs- und Beweismaterial jedenfalls zu prüfen und zu verwerthen habe, gleichviel ob es demächst zu der angeordneten mündlichen Verhandlung kommt oder nicht, und daß der letzteren nur die Bedeutung eines Informationsmittels gebühre. Ist dem so, dann ist Folge des Ausbleibens der einen oder der andern oder auch beider Parteien einfach die, daß dem Gericht nunmehr die Möglichkeit verloren geht, sich im Wege kontradiktorischen Verfahrens besser in der Sache zu unterrichten. Will es sich dieses Erforschungsmittels nicht berauben lassen, so kann es durch Ansetzung eines anderweiten Verhandlungstermins noch einen zweiten und ferneren Versuch machen, und bis dahin mit der Entscheidung zurückhalten — ein nicht unzweckmäßiges Mittel, den säumigen Imploranten zum Erscheinen zu zwingen, wenn er nicht in der Sache selbst gänzlich abgewiesen werden soll. Jedenfalls geht es nicht an, der sachlichen Entschließung auf das einmal angebrachte Gesuch — etwa nach Analogie des § 295 durch formale Abweisung desselben auf den bloßen Antrag des Imploraten — sich gänzlich zu entschlagen. Es versteht sich indeß von selbst, daß für die meritorische Entscheidung von dem Vorbringen des erschienenen Betheiligten pro und contra vollster Gebrauch gemacht werden darf.

Bleibt der Gegner des Gesuchstellers, der Implorat, im Verhandlungstermin aus, so hat er den Anspruch auf rechtliches Gehör und zwar auch dann verwirkt, wenn das letztere obligatorisch angeordnet war (§§ 97, 203 Abs. 2, 743, 776). Er ist gehört, wenn er auch nur gerufen worden ist, sei es auch, daß er nicht geantwortet hat. Er ist aber auch dann gehört, wenn er vielleicht vor der Verhandlung seine Gegenvorbringen schriftlich dem Gericht überreiche, und das letztere wiederum kann sich der Würdigung auch dieses Vorbringens samt den etwa beigefügten Beweisstücken nicht entziehen, wenn es richtig ist, daß all dieses Material schon vor der Verhandlung Prozeßstoff geworden ist.

Jedenfalls ist die Annahme eines Zugeständnisses des thatsächlichen mündlichen Vorbringens des Imploranten und der Versuch, nach Analogie des § 296 eine Art von Versäumnißbeschluß zu konstruiren, von der Hand zu weisen (vgl. auch Seuffert, Komm. zu § 536 N. 1 und § 776 N. 1). Ich verweise besonders auf die treffenden Ausführungen bei Wach, Vorträge S. 119 f., denen sich

auch der Rezensent in dieser Zeitschrift 4. Jahrgang 1880 S. 599 angeschlossen hat. Dieselben sind von Struckmann und Koch, Komm. 3. Auflage N. 4 zu § 312 (S. 295) bekämpft, aber nicht widerlegt. Denn zugegeben, daß Gesetz und Motive den Fall der Versäumniß an der fakultativen mündlichen Verhandlung nicht ausdrücklich behandeln, so ist doch durch die vom Gesetz eingeführte Unterscheidung zwischen der obligatorischen und der fakultativen Verhandlung eine so grundsätzliche Verschiedenheit in der Struktur beider Verhandlungsarten geschaffen, daß es ebendeshalb nicht angeht, die Vorschriften der einen ohne Weiteres auch für die andre als bindend zu erklären. Namentlich wird der Gesuchsteller überall da, wo ihm die Glaubhaftmachung der Gesuchsunterlagen obliegt, durch das Ausbleiben des Imploraten in der anberaumten mündlichen Verhandlung von dieser Pflicht ebensowenig entbunden, wie z. B. die im Urkundenprozeß klagende Partei zur Beweisführung mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln auch dann gehalten bleibt, wenn im Termin zur mündlichen Verhandlung der Beklagte nicht erschienen ist (§ 560 Abs. 2). Dies schließt nicht aus, daß das Gericht nach Lage des Falles in dem Außenbleiben des Imploraten ein adminikulirendes Moment für die Wahrscheinlichkeit der vom Imploranten vorgebrachten thatsächlichen Behauptungen befindet, wenn es ihn auch nicht von aller und jeder Glaubhaftmachung dispensiren darf.

Bleiben in der fakultativen Verhandlung beide Theile aus, so steht dem Gericht wieder die Wahl offen, ob es anderweiten Verhandlungstermin anberaumen oder nach Maßgabe der beigebrachten Unterlagen sofort in der Sache entscheiden will.

6. Besonderheiten im Arrestverfahren.

Die Entscheidung auf das Arrestgesuch soll, wenn das Gericht gemäß § 801 Abs. 1 die Anberaumung mündlicher Verhandlung beliebt hat, nach ausdrücklicher Vorschrift des § 802 Abs. 1 nicht durch Beschluß, sondern durch Endurtheil erfolgen. Wie ich oben zu zeigen suchte, der einzige Fall, wo die Urtheilsform zu beobachten ist. Die Motive erblicken die Bedeutung derselben in der hiernach sich regelnden Gestaltung des weiteren Verfahrens (zu §§ 747, 748 des Entw. S. 452, bei Hahn S. 474) und sagen weiter: „Ist mündliche Verhandlung vorausgegangen, so haben bereits in dieser alle die Erörterungen Platz gefunden, welche sonst bei der Verhandlung

nach erhobenem Widerspruch stattfinden würden, und die darauf erlassene Entscheidung vertritt die Stelle des über die Rechtmäßigkeit des Arrestes ergehenden Urtheils, so daß sie wie dieses als Urtheil karakterisirt und durch Rechtsmittel oder Einspruch angefochten werden muß" (zu §§ 749, 750 des Entw. S. 453, bei Hahn S. 475). In der Kommission und im Reichstage ist diese Begründung nicht beanstandet, die Paragraphen selbst sind unverändert angenommen worden.

Man könnte hieraus folgern wollen, daß diese auf das Arrestgesuch ergehende fakultative mündliche Verhandlung den Bestimmungen über die Hauptverhandlung (§§ 119 ff.), über das ihr vorangehende und nachfolgende Verfahren strikte zu unterstellen sei. Allein die Vorbereitung der Verhandlung durch Schriftsätze, die Einhaltung der Ladungsfrist würde den Zweck gerade des Arrestverfahrens — schleunigst und womöglich mit Ueberrumpelung des Gegners (vgl. § 802 Abs. 3) in den Besitz eines Sicherungsmittels zu gelangen — fast regelmäßig vereiteln. Es darf nicht vergessen werden, daß das Arrestverfahren kein Verfahren auf erhobene Klage, sondern nur auf ein angebrachtes Gesuch ist, daß der Arrestantrag das Gericht „nicht zur Feststellung des Antrags beruft, sondern daß nur der Arrest als solcher Gegenstand des Streites ist, daß daher über die Erörterung, ob der Anspruch glaubhaft sei, nicht hinausgegangen werden darf, wenn auch die Frage nach der Begründung desselben nicht völlig ausgeschlossen werden darf (Mot. S. 453, bei Hahn S. 475)." Ich erachte daher aus den oben zu 1 und 2 erörterten Gründen auch für das Arrestverfahren als zweifellos, daß die Ladung zur mündlichen Verhandlung nicht von der Partei, sondern von Amtswegen zu erfolgen hat und die Einhaltung irgend welcher Ladungsfrist nicht erforderlich ist.

Dagegen tritt bei der auf das Arrestgesuch angeordneten Verhandlung die Bedeutung derselben als Informationsmittel zurück und dafür die Kognition über die Rechtmäßigkeit des erbetenen Arrestes in den Vordergrund. Dies führt zu folgenden Konsequenzen:

Die Vertretung der Parteien durch Rechtsanwälte kann vor dem Landgericht schlechterdings nicht entbehrt werden (Vgl. namentlich auch die Begründung des Anwaltszwanges in den Mot. zu §§ 72, 73 des Entw. S. 96, bei Hahn S. 185). Erscheint die Partei ohne Anwalt, so ist sie für gänzlich ausgeblieben anzusehen, die Ver-

säumnißfolge tritt ein und ist durch Versäumnißurtheil auszusprechen. Selbstverständlich kann aber der Ungehorsam des Arrestklägers nicht zur Abweisung des durch Arrest sicher zu stellenden Anspruchs, sondern nach Analogie des § 295 nur zur Zurückweisung des Arrestgesuchs, und zwar ohne Sachprüfung, auf einseitigen Antrag des Arrestbeklagten führen. Dieses Versäumnißurtheil müßte dann vom Arrestkläger mit dem Einspruche angefochten werden. Geschieht dies nicht, so schafft es — wie das nach kontradiktorischer Verhandlung ergehende, das Gesuch abweisende Endurtheil — Rechtskraft unter den Parteien in dem Sinne, daß das nämliche Gesuch von dem nämlichen Gesuchsteller auf die nämlichen Gesuchsunterlagen hin jedenfalls nicht erneuert werden darf. Ob nicht auf Grund anderer verbesserter Unterlagen — eine Frage die m. E. zu bejahen ist — lasse ich hier unerörtert, um nicht allzuweit in das schwierige Gebiet über die Tragweite der Rechtskraft abzuschweifen.

Wenn im Termin der Arrestbeklagte ausbleibt, unvertreten erscheint oder nicht verhandelt, so muß nach Analogie des § 296 Abs. 2 mittelst Versäumnißurtheils der Arrest bewilligt werden, insoweit das thatsächliche mündliche Vorbringen des Arrestklägers sein Gesuch rechtfertigt und der Arrestgrund glaubhaft gemacht ist. Denn dazu, jenes Vorbringen einfach als zugestanden anzunehmen, kann, wie ich schon oben S. 745 auszuführen suchte, die Versäumnißfolge keinesfalls führen. Bildet ja gerade die Frage, ob die Glaubhaftmachung gelungen sei, neben der rechtlichen Begründung des zu sichernden Anspruchs, die Rechtmäßigkeit des Arrestes, den eigentlichen Gegenstand der Entscheidung. Daß die Rechtskraft dieses Versäumnißurtheils oder die rechtskräftige Aufrechterhaltung desselben den Arrestbeklagten gleichwohl nicht hindert, wegen veränderter Umstände demnächst die Aufhebung des Arrestes zu beantragen, ergiebt sich aus § 807.

Wenn beide Theile den Arrest-Verhandlungstermin versäumen, so kommt in Frage, ob das Gericht das Verfahren einfach ruhen zu lassen oder dessenungeachtet meritorische Entschließung auf den Arrestantrag zu fassen habe. Man könnte auch hier sagen, das Gericht dürfe die von ihm erlassene offenbar nur prozeßleitende Verfügung, erst nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu entscheiden, jeden Augenblick wieder zurückziehen und nunmehr ohne Verhandlung dekretiren. So zweifellos dem Gericht diese Befugniß in den übrigen

von uns behandelten Fällen zusteht, so dürfte sie sich doch gerade im Arrestverfahren kaum rechtfertigen lassen. Durch Anordnung mündlicher Verhandlung hat das Gericht zu erkennen gegeben, daß es die Entscheidung über Bewilligung des Arrestes mit der definitiven Erörterung über die Rechtmäßigkeit desselben (§ 805) verbinden wolle. Die Sachlage ist damit in dasselbe Stadium vorgeschoben, in welchem sie sich befinden würde, wenn der Arrestbefehl erlassen und vom Schuldner dagegen Widerspruch erhoben worden wäre. Und in diesem Falle fordert das Gesetz die kontradiktorische Verhandlung als unerläßliche Voraussetzung jener Entscheidung. So wenig daher im Falle des § 805 beim Ausbleiben beider Theile verhandelt und entschieden werden kann, so wenig ist dies im Falle des § 801 angängig, sobald die mündliche Verhandlung angeordnet ist. Hier darf also, im Gegensatz zu den oben besprochenen Fällen, das vor der mündlichen Verhandlung beigebrachte Material nicht als Prozeßstoff behandelt werden. Das Gericht, dem mündlich gar nichts, auch nicht einseitig, vorgetragen worden, ist mit der Sache nicht weiter befaßt und wird die Akten einfach beilegen, bis ein neuer Antrag gestellt wird. Daß auf das erneuerte Gesuch diesmal ohne mündliche Verhandlung entschieden werden dürfe, soll mit Rücksicht auf § 801 Abs. 1 nicht verneint werden.

---

## 20.

## Die Befugniß des Gerichts zur Trennung der Verhandlung und Entscheidung nach der Deutschen Civilprozeßordnung.

Von Herrn Landrichter Schepers in Dortmund.

---

Die Civilprozeßordnung schreibt vor, daß die Parteien nur durch den mündlichen Vortrag dem Gericht das nöthige Material zur Entscheidung des Rechtsstreits geben können, daß sie aber, von untergeordneten Ausnahmen abgesehen, in ihrem Vorbringen durch die Eventualmaxime nicht beschränkt sein sollen. In allen etwas verwickelten Prozessen wird es deshalb schon den mit dem Rechtsstreit bekannten Parteien schwer, ihren Vorträgen die nöthige Vollständigkeit und Uebersicht zu geben. Noch mehr ist es den Richtern, die den Rechtsstreit erst kennen lernen sollen, erschwert, die nöthige Ueber=

sicht über den Prozeßstoff zu gewinnen und nichts Erhebliches unbeachtet zu lassen. Weil es ferner sehr häufig nicht möglich ist, daß ein Prozeß in einem einzigen Termin zu Ende geführt wird, so muß alles zur Entscheidung, die sich ja nicht auf die Akten gründen kann, Erforderliche von Neuem verhandelt werden, wenn die Richter wechseln oder das früher Verhandelte vergessen haben. Die Beseitigung der Eventualmaxime ermöglicht sodann den Mißbrauch, daß die Parteien stets mit neuen Rechtsbehelfen hervortreten und den Prozeß ungebührlich verzögern. Eins der wichtigsten Mittel, diesen Uebelständen entgegen zu treten, giebt die C.P.O. dem Gericht durch die Befugniß, die Verhandlung und Entscheidung zu trennen. Es soll versucht werden, dieselbe im Zusammenhang zu behandeln.

### A. Die Trennung der Verhandlung und Entscheidung überhaupt.

### § 1.

#### 1) Begriff und Zweck derselben.

Die §§ 136, 137 C.P.O. gewähren dem Gericht die Befugniß, das Material zu seiner Entscheidung, wie es ihm durch die Parteivorträge und die Beweisaufnahme, also die Verhandlung im weitern Sinn, vorgelegt wird, zu trennen, nämlich zu bestimmen, daß es in verschiedenen Prozessen oder zwar in demselben Prozeß, aber in einer gewissen Reihenfolge vorgelegt werde. Letzteres hat nicht die Bedeutung, als solle das, was im gemeinen und preußischen Recht das Gesetz durch die Eventualmaxime vorschreibt, zum Gegenstand einer gerichtlichen Anordnung gemacht werden können. Denn während kraft dieser Maxime die Prozeßhandlungen (die Vorbringung nicht nur der Klagegründe, sondern auch der Einreden, Repliken, die Antretung des Beweises u. s. w.) in bestimmten Stadien (Terminen oder Fristen) nach einander, die gleichartigen aber auf einmal stattfinden müssen, ist jene Befugniß auf die Anordnung gerichtet, daß die Parteien zunächst nur das auf einen oder mehrere Streitpunkte, als Klagegründe, Einreden u. s. w. Bezügliche vorbringen sollen, und die Beweisaufnahme auf diese Punkte beschränkt wird.

Dieser Trennung der Verhandlung entspricht die der Entscheidung, jedoch nicht in dem Sinne, daß die eine die andere nöthig machte oder voraussetzte. Die in den §§ 273—276 C.P.O. zugelassene Theilung eines Urtheils in mehrere bezieht sich sowohl auf das von den Parteien erstrebte praktische Resultat, welches im Be-

titum zum Ausdruck kommt, als auf die Motivirung der beantragten und erkannten Verurtheilung oder Abweisung. Jenes Resultat kann statt durch eins durch mehrere gleichartige Endurtheile, welche mit Ausnahme des letzten Theilurtheile heißen, ausgesprochen, und ein Theil der Gründe des Endurtheils kann durch ein Zwischenurtheil, z. B. auf Verwerfung einer Einrede, antizipirt werden. —

Die Trennung der Verhandlung und Entscheidung ist von der C.P.O. im Allgemeinen in das freie Ermessen des Gerichts gestellt. Sie hat folgenden für das Ermessen maßgebenden Zweck:

1) Die Beschränkung der Verhandlung auf einige Streitpunkte befördert vor Allem die Uebersicht, namentlich dann, wenn sie durch Erlassung einer entsprechend beschränkten Entscheidung konsequent fortgeführt wird.

2) Auf Grund der beschränkten Verhandlung läßt sich unter Umständen ein Endurtheil fällen, wenn z. B. eine allein verhandelte Einrede für durchgreifend erachtet wird. Die Erörterung des nicht verhandelten Materials wird dann erspart. Um dies zu würdigen, muß man sich erinnern, daß das Gericht nur das mündlich Verhandelte berücksichtigen darf, die Parteien also nur dann, wenn die Trennung angeordnet ist, ihren Vortrag ohne Gefahr, mit einzelnen Prozeßhandlungen ausgeschlossen zu werden, beschränken können.

3) Da die Eventualmaxime im Wesentlichen aufgehoben ist, so können die Parteien im Lauf der Verhandlung, auch wenn sie sich schon auf andere Punkte bezieht, stets neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel aller Art, auch Erklärungen über Behauptungen des Gegners vorbringen und dadurch Verwirrung und Verzögerungen herbeiführen. Dieser Befugniß setzt ein Urtheil, und zwar bezüglich seines Gegenstandes auch ein Theil- oder Zwischenurtheil, eine Schranke. Jedes Urtheil ist nämlich für das Gericht, welches es erlassen hat, bindend (C.P.O. § 289), und deshalb ist sein Gegenstand auch für die Parteien bezüglich der schwebenden Instanz definitiv erledigt. — Da die Gerichte als solche und nicht etwa bloß die bei der Urtheilsfällung thätigen Richter an jedes Urtheil gebunden sind, so wird letzteres durch einen Wechsel in den Personen der Richter nicht berührt; das durch das Urtheil erledigte Material ist nicht von Neuem zu verhandeln, Parteien und Richter brauchen sich später nur auf den Tenor des erlassenen Theil- oder Zwischenurtheils zu beziehen.

Die bisher erwähnten Vortheile einer Trennung sind um so erheblicher, als die Antretung und Aufnahme des Beweises nach der C.P.O. nicht wie nach der hannoverschen Prozeßordnung, die in den §§ 112 und 346 eine ähnliche Trennung zuläßt, den Gegenstand besonderer der Eventualmaxime unterworfener Abschnitte des Verfahrens bilden. —

4) Die Theilurtheile bieten noch den besonderen Vortheil, daß sie ohne Rücksicht auf den Fortgang des Prozesses rechtskräftig und vollstreckbar werden, die Vollstreckung also nicht durch jede gegen irgend einen Theil des Anspruchs gerichtete Einrede verzögert werden kann. —

Diesen Vorzügen stehen Nachtheile, jedoch von geringerer Bedeutung gegenüber. Wirkliche Bedenken kann unter Umständen ein Theilurtheil wegen seiner selbständigen Anfechtbarkeit und Vollstreckbarkeit mit sich bringen (unten § 10), während die sonstigen Nachtheile einer Trennung mehr äußerlicher Natur sind. So können Zwischenurtheile in Folge der weiteren Verhandlung überflüssig werden, ebenso wie eine Beweisaufnahme (§ 10). Es kann ferner dazu kommen, daß in demselben Prozeß nur eine Reihe von Urtheilen über die schließliche Entscheidung Aufklärung giebt. Jedes ist mit Gründen zu versehen, das spätere kann aber auf das frühere Bezug nehmen, während nur dasjenige durch Zustellung mitgetheilt zu werden braucht, welches angefochten oder vollstreckt werden soll (§ 9). Jede Partei kann indessen die Akten einsehen und sich Abschriften und Ausfertigungen ertheilen lassen, somit sich genügend informiren (C.P.O. §§ 271, 288). Die Abfassung mehrerer Urtheile mag für das Gericht umständlicher sein, indessen kann sie auch zu einer schärfern Trennung der Streitpunkte und größern Klarheit der Entscheidung beitragen.

## § 2.

### 2) Die Trennung der Verhandlung im Verhältniß zu derjenigen der Entscheidung.

Die Trennung der Verhandlung verfolgt einen ähnlichen Zweck wie die der Entscheidung. Letztere führt die erstere konsequent weiter und umgekehrt dient erstere zur bessern Vorbereitung der letzteren. Dieser Zusammenhang ist von den Motiven des Entwurfs zur C.P.O. ausdrücklich anerkannt. Vgl. die allgemeine Begründung §§ 6 u. 7

bei Hahn, Materialien zur C.P.O. S. 130 ff. Es läßt sich von vornherein annehmen, daß, soweit nicht besondere Gründe entgegenstehen, die Zulässigkeit der einen wie der andern Trennung nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilen ist. Dies ist in der Folge weiter auszuführen. Der Zusammenhang ist aber im Allgemeinen kein nothwendiger; die eine Trennung macht die andere weder nothwendig, noch setzt sie solche voraus. Es entscheiden lediglich Gründe der Zweckmäßigkeit, welche namentlich dazu führen können, daß das Gericht nach uneingeschränkter Verhandlung einen Theil des Prozeßstoffs durch Theil- oder Zwischenurtheil erledigt und rücksichtlich des übrigen Beweis beschließt. —

Beide Arten der Trennung sind ohne Unterschied des Gerichts, der Instanz und Prozeßart zulässig. Die Bestimmungen über die Trennung der Verhandlung stehen im allgemeinen Theil der C.P.O.; die über die Trennung der Entscheidung zwar in dem Abschnitt über das landgerichtliche Verfahren erster Instanz, indessen wird bezüglich des Verfahrens vor den Amtsgerichten sowie in der Berufungs- und Revisionsinstanz auf sie Bezug genommen (C.P.O. §§ 456, 485, 520). Die Trennung ist auch zulässig, wenn in Rechnungs- u. dgl. Sachen ein schriftliches Vorverfahren stattgefunden hat; freilich hat sie hier eine geringere Bedeutung, weil Prozeßhandlungen bei der mündlichen Verhandlung nur ganz ausnahmsweise nachgeholt werden können. Die dem Urkundenprozeß (dem hier wie später der Wechselprozeß durchaus gleichsteht) eigenthümliche Beschränkung der Vertheidigung macht eine gewisse Trennung sogar obligatorisch; eine weitere ist aber nicht ausgeschlossen, wenngleich wegen des ohnehin beschränkten Stoffs seltener zweckmäßig. —

## B. Die Trennung der Verhandlung und Entscheidung im Einzelnen.

### I. Arten und Gegenstand der Trennung.

### § 3.

### 1) Getrennte Prozesse.

Wie schon hervorgehoben, steht die Theilung in mehrere Prozesse als die eingreifendste Art der Trennung der getrennten Erörterung der Streitpunkte innerhalb des eine Einheit verbleibenden Prozesses gegenüber.

Der § 136 C.P.O. giebt dem Gericht die Befugniß, anzuordnen, daß mehrere Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt wer-

den. Diese Trennung hat selbstverständlich eine solche der Entscheidung zur Folge. Für jeden Prozeß muß, wenn das Gericht nicht von seiner Befugniß, die Trennung wieder aufzuheben (C.P.O. § 141), Gebrauch macht, eine besondere Entscheidung ergehen. Selbst die Verbindung ursprünglich getrennter Prozesse (C.P.O. § 138) befreit das Gericht nicht von der Verpflichtung, für jeden Prozeß, sobald er dazu reif ist, eine spezielle Endentscheidung zu erlassen (C.P.O. § 272 Abs. 2).

Gegenstand der Trennung sind mehrere Ansprüche. Unter einem Anspruch im Sinne der C.P.O. ist jede vom Recht anerkannte Befugniß, von einem Anderen etwas zu verlangen, zu verstehen, sei es die bloße Anerkennung eines Rechts, sei es diese (direkt oder indirekt) und außerdem eine Leistung. Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. I. § 43. Der Anspruch findet seinen bestimmt formulirten Ausdruck im Petitum des Klägers und Widerklägers, während der Antrag auf Abweisung (von dem Fall der Kompensationseinrede etwa abgesehen) eine bloße Abwehr bedeutet. Dem Petitum entspricht wieder der Tenor der Endentscheidung. —

Mehrere Ansprüche liegen vor:

1) wenn sie durch dieselbe Klage erhoben werden. Es handelt sich hier um die Fälle der objektiven und subjektiven Klagen-Kumulation (C.P.O. §§ 232, 56, 57). Die der Partei gestattete Klagenhäufung kann vom Gericht wieder aufgehoben werden. Dies gilt namentlich von dem praktisch wichtigsten Fall, dem der Verbindung mehrerer Ansprüche eines Klägers gegen denselben Beklagten in einer Klage. Die Trennung setzt nicht voraus, daß die Ansprüche aus verschiedenen Rechtsverhältnissen hervorgehen. Sie ist z. B. zulässig, wenn der Vermiether eine einzige Klage auf Räumung, Zahlung der Miethe, Ersatz von Schäden u. s. w. erhebt. Sie ist auch statthaft, wenngleich selten zweckmäßig, wenn z. B. der eine Anspruch auf das Kapital, der andere auf die (selbständig einklagbaren) Zinsen gerichtet ist. Nur ein einheitlicher auf eine gleichartige Leistung gerichteter Anspruch unterliegt der Anordnung getrennter Prozesse nicht, ebensowenig, als es einer Partei gestattet ist, mehrere individuell nicht unterschiedene Quoten desselben Anspruchs gleichzeitig in verschiedenen Prozessen einzuklagen. Mehrere Ansprüche liegen dagegen z. B. auch dann vor, wenn die Hauptsache und Arrestsache verbunden sind, da die letztere einen besonderen An-

spruch auf eine antizipirte Exekution betrifft. — Seltener empfiehlt sich die Trennung, wenn mit derselben Klage mehrere Personen klagen oder verklagt werden. Zulässig ist sie aber insoweit, als eine Partei ohne Zuziehung von Streitgenossen einen Prozeß anstrengen kann. Sie kann zweckmäßig sein, wenn gerade die subjektive Beziehung der einzelnen Streitgenossen in verschiedener Weise streitig ist, namentlich wenn Mehrere aus einem nur gleichartigen Fundament (C.P.O. § 57) klagen oder verklagt werden. Ist die Streitgenossenschaft eine nothwendige (vgl. A.L.R. I. 5 § 450, I. 17 §§ 127, 151), so kann auch das Gericht nicht mehrere Prozesse anordnen.

2) Mehrere Ansprüche liegen ferner vor, wenn einer durch Klage, ein anderer durch Widerklage oder Kompensationseinrede geltend gemacht wird. Auch diese Einrede bezweckt die vollständige Realisirung eines Anspruchs, wenngleich er nur zur Tilgung des Klageanspruchs verwendet wird und Beklagter dem Endresultat nach nur die Abweisung beantragt. Die C.P.O. stellt die Einrede in vielen Punkten der Widerklage gleich; einer der wichtigsten ist die Rechtskraft der Entscheidung über sie (C.P.O. § 293 Abs. 2). Auch die Trennungsbefugniß bezieht sich gleichmäßig auf beide (C.P.O. § 136 Abs. 2). Die Trennung ist zulässig, wenn eine nicht konnexe Gegenforderung durch Widerklage oder Kompensationseinrede geltend gemacht wird. Auf das zweifelhafte Merkmal der Liquidität kommt es nicht an. Die Trennungsbefugniß ist offenbar sehr bedeutsam und sie dient namentlich bei illiquiden Gegenforderungen umsomehr zur Verhütung von Verschleppungen, als nach § 251 C.P.O. Einreden und sogar Widerklagen bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, erhoben werden können. Die Trennung setzt voraus, daß es sich um Forderungen, also persönliche Ansprüche handelt. Bei der Kompensationseinrede ist dies selbstverständlich; nach § 136 Abs. 2 C.P.O. (vgl. im Gegensatz dazu § 272 das.) gilt es aber auch für die Widerklage, so daß ein dinglicher durch Widerklage erhobener Anspruch nicht zum Separatprozeß verwiesen werden kann. Die Zulässigkeit der Widerklage ist aber nach dem § 33 C.P.O. (der nicht bloß ein eigenthümliches Forum schafft) überhaupt insofern wesentlich beschränkt, als sie einen Gegenanspruch voraussetzt, der mit dem Klageanspruch oder den Vertheidigungsmitteln in rechtlichem oder thatsächlichem Zusammenhang steht.

Die Trennung setzt ferner voraus, daß Forderung und Gegenforderung, mag letztere durch Widerklage oder Einrede geltend gemacht sein, nicht in rechtlichem Zusammenhang stehen, also nicht aus demselben Rechtsverhältniß entspringen, da sonst die einheitliche Beurtheilung und der innere Zusammenhang der beiderseitigen Rechte zu sehr gefährdet sein würde. Ein bloß thatsächlicher Zusammenhang hindert die Trennung nicht. Der Zusammenhang ist aber stets ein rechtlicher, wenn die Kompensation nicht als eigentliche, die gegen den Willen des Klägers durchgeführt werden soll, sondern als vereinbarte Tilgung der beiderseitigen Forderungen in Betracht kommt, wie bei der Abrechnung oder dem Kontokurrent-Verhältniß. — Die Retentionseinrede bezweckt nicht die Geltendmachung eines selbständigen Anspruchs und steht der Kompensationseinrede nicht gleich. —

Sind mehrere Gegenforderungen erhoben, so kann die Trennung natürlich auf eine oder einige beschränkt werden. —

3) Eine Mehrheit von Ansprüchen tritt nachträglich im Lauf des Prozesses hervor, wenn Kläger durch Erweiterung der Klage, Beklagter durch Widerklage beantragt, daß ein streitig gewordenes Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theil abhängt, durch Urtheil festgestellt werde, damit auch für ein solches präjudizielles Rechtsverhältniß eine rechtskräftige Entscheidung erzielt werde (C.P.O. § 253). Die Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens wird hier zum Gegenstand eines besonderen Anspruchs gemacht. Die Trennung ist aber nicht zulässig. Abgesehen von der bei der Widerklage in Betracht kommenden Konnexität wäre es widersinnig, eine Präjudizialfrage, auch wenn sie Gegenstand einer Inzidentklage geworden ist, zum Separatprozeß zu verweisen und sonst weiter zu verhandeln, und umgekehrt hat die Partei ein Recht darauf, daß der Prozeß bis zur direkten Entscheidung über den Zweck, zu dem sie ihn angestrengt hat, fortgeführt und nicht mit der Entscheidung über eine Präjudizialfrage abgeschlossen wird. —

2) Getrennte Verhandlung und Entscheidung in demselben Prozeß.

§ 4.

a) Trennung der Ansprüche.

Unter Wahrung der Einheit des Prozesses kann eine gesonderte

Verhandlung sowohl über einzelne Ansprüche als auch über selbständige Grundlagen derselben, d. h. Angriffs- und Vertheidigungsmittel, stattfinden. Letztere ist im § 137 C.P.O. ausdrücklich zugelassen und die Trennung der Ansprüche ist bezüglich der Verhandlung deshalb als statthaft anzusehen, weil sie weniger weit geht und weil im § 273 C.P.O. eine entsprechende Trennung der Entscheidung zugelassen ist. Es kann daher der Reihe nach über die einzelnen Ansprüche, sowie auch über Theile eines Anspruchs verhandelt werden, letzteres dann, wenn die Verschiedenheit der Vertheidigungsmittel eine Unterscheidung der einzelnen Theile möglich macht.

Statt einer einzigen können in demselben Prozeß mehrere gleichartige Entscheidungen über die einzelnen Ansprüche oder Theile eines Anspruchs erlassen werden. Eine solche Mehrheit von Urtheilen war dem preußischen Recht, von untergeordneten Ausnahmen abgesehen, unbekannt. (Vgl. v. Bülow, Bd. 22 dieser Beiträge S. 711.) Das Erkenntniß des preußischen Rechts hatte die Petita beider Parteien in ihrem ganzen Umfang auf einmal zu erledigen. Mehrere Erkenntnisse in demselben Prozeß waren nur insofern möglich, als eins durch einen Eid bedingt sein konnte, ein zweites (die sogenannte Purifikations-Resolution) sich nur über den Eintritt der Bedingung auszusprechen hatte. Eine solche Mehrheit kennt auch die C.P.O. Sie läßt aber, und nur hiervon ist weiter zu sprechen, innerhalb desselben Prozesses mehrere sich gleichstehende Entscheidungen zu, von denen jede einen Theil der Petita, nämlich einen von mehreren erhobenen Ansprüchen oder einen quantitativen Theil eines Anspruchs unbedingt oder nur durch einen Eid bedingt erledigt. Diese Entscheidungen heißen sämmtlich Endurtheile, und alle, mit Ausnahme des letzten (welches hier Schlußurtheil genannt werden soll), führen nach dem Gesetz den Namen Theilurtheil. Alle Endurtheile sind, soweit nicht besondere Gründe für das Gegentheil sprechen, gleich zu behandeln. Aus dem Begriff folgt insbesondere, daß ein Theilurtheil erst dann erlassen werden kann, wenn sein Gegenstand, der Theilanspruch, so, wie wenn es sich nur um ihn gehandelt hätte, also unter Berücksichtigung aller auf ihn bezüglichen Angriffs- und Vertheidigungsmittel und Zwischenstreitigkeiten zur Entscheidung reif ist. Nur die nicht konnexe Kompensationseinrede kann von der Berücksichtigung ausgeschlossen werden. (C.P.O. §§ 274 ff.)

Gegenstand des Theilurtheils kann sein:

1) Ein quantitativer Theil eines Anspruchs (C.P.O. § 273). Ist z. B. ein Kaufgeld von 1000 Mk. eingeklagt und unter anderen Einreden die nachgewiesene Zahlung von 200 Mk. eingewendet, so kann ein Theilurtheil auf Abweisung wegen 200 Mk. ergehen, während das weitere vorbehalten bleibt. Ob der Anspruch durch Klage oder Widerklage geltend gemacht ist, begründet keinen Unterschied; denn wenn der § 273 von der Aussonderung der Widerklage als eines Ganzen spricht, so ist damit nur hervorgehoben, daß die Widerklage sogar von der Klage getrennt werden und jede für sich allein Gegenstand eines Theilurtheils sein könne.

2) Einer von mehreren Ansprüchen (C.P.O. §§ 273, 274). Die Theilung des Urtheils ist eine mildere Form der Trennung, als die im § 3 besprochene Theilung des ganzen Prozesses, und sie ist in größerem Umfange zulässig. Von der Klagen-Kumulation abgesehen, kommt hier in Betracht:

a) Die Klage im Gegensatz zur Widerklage. Ist eine von beiden, einerlei welche zuerst, zur Endentscheidung reif, so kann sie durch Theilurtheil erledigt werden (C.P.O. § 273). Auf die Konnexität kommt es hier nicht an. Da jede ein selbständiges Petitum begründet, so ist die Priorität der Entscheidung in materieller Beziehung im Allgemeinen unerheblich. Gründen sich die Ansprüche beider Parteien auf ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, so könnte ein Theilurtheil das Recht auf Erfüllung Zug um Zug gefährden, wenn dabei nicht in Betracht käme, daß jeder Partei die exceptio non impleti contractus und häufig eine konnexe Kompensations-Einrede, die den Erlaß eines Theilurtheils hindert, zu Gebote steht. Unter Umständen schließen sich Klage und Widerklage derartig aus, daß über beide nur gleichzeitig entschieden werden kann. Haben z. B. beide das Eigenthum derselben Sache zum Gegenstand, so kann ein Theilurtheil wohl auf Abweisung einer Partei, nicht aber auf Zuerkennung des Eigenthums an eine Partei ergehen, weil zwar keine von beiden, nicht aber gleichzeitig beide Alleineigenthümer sein können.

b) Die Kompensations-Einrede bezweckt zwar die Realisirung eines Anspruchs, aber keine Verurtheilung, und deshalb kann sie nicht vor der Klage durch Theilurtheil erledigt werden. Dagegen ist es gemäß § 274 C.P.O. zulässig, daß über die Klageforderung vorab ein Theilurtheil und erst demnächst über die Gegen-

forderung ein Schlußurtheil ergeht (vgl. § 10). Diese Trennung setzt wie die Anordnung getrennter Prozesse voraus, daß Forderung und Gegenforderung nicht konnex sind.

c) Präjudizielle Ansprüche, welche zum Gegenstand einer Inzident-Klage oder -Widerklage gemacht sind, können zwar nicht zum Separatprozeß verwiesen (§ 3 Nr. 3), wohl aber, da kein Grund entgegensteht, durch Theilurtheil erledigt werden. Ein besonderes Urtheil über sie kann freilich nur vor der Entscheidung über den ursprünglich geltend gemachten Anspruch, dem sie präjudiziren, erlassen werden.

d) Durch die Prozeßführung werden Ansprüche der Parteien in Beziehung auf die Zahlung der Kosten begründet. Der Anspruch einer Partei, daß die andere im Verhältniß zu ihr (die selbständigen Rechte der Staatskasse kommen hier nicht in Betracht) die Kosten zu tragen habe, unterscheidet sich von anderen Ansprüchen dadurch, daß über ihn von Amtswegen zu erkennen ist, und namentlich dadurch, daß sein Betrag im Lauf des Prozesses anwächst. Das Theilurtheil kann sich nun jedenfalls über solche Kosten verhalten, welche einer Partei ohne Rücksicht auf das Resultat des Prozesses zur Last fallen, z. B. wegen Versäumungen (C.P.O. §§ 90—92, 216, 309.) Ferner ist es kaum zweifelhaft, daß die Entscheidung über den Kostenanspruch wie über andere Ansprüche dem Schlußurtheil vorbehalten werden kann, da nichts dazu nöthigt, den Kostenanspruch als ein untrennbares Akzessorium des Hauptanspruchs anzusehen. Insbesondere nicht der § 94 C.P.O., der nur vermeiden will, daß in höheren Instanzen lediglich über die Kosten verhandelt werde. Der Vorbehalt braucht kein ausdrücklicher zu sein, wenn nur sonst erhellt, daß das Gericht beabsichtigt, über alle noch nicht erledigten Ansprüche ein weiteres Urtheil zu fällen.

Man wird noch weiter gehen und behaupten müssen, daß es, von den zuerst erwähnten Kosten abgesehen, unzulässig oder doch unzweckmäßig ist, in einem Theilurtheil über Kosten zu entscheiden. Als Gegenstand einer solchen Entscheidung müßte man sich einen von mehreren Kostenansprüchen oder einen quantitativen Theil eines einzigen denken. Der Kostenanspruch ist aber nicht eine Summe von Ansprüchen für einzelne Prozeßakte, sondern wie der Prozeß selbst etwas Einheitliches. Auch eine Entscheidung über die bisher

aufgelaufenen oder über eine Quote aller Kosten ist schwerlich zu rechtfertigen, da die bisherige Verhandlung sich auch auf andere Gegenstände als den des Theilurtheils bezogen haben kann und der Betrag aller Kosten noch ungewiß ist. Eine angemessene Vertheilung der Kosten im Sinne des § 88 C.P.O. ist daher erst im Schlußurtheil möglich. Dazu kommt, daß das Gerichtskostengesetz vom 18. Juni 1878 §§ 28, 12 Abs. 2 bei Berechnung der Pauschquanta einer Trennung der Verhandlung und Entscheidung keinen Einfluß gewährt und die Höhe des ganzen Objekts auch dann berücksichtigt, wenn ein Prozeßakt sich überhaupt nur auf einen Theil bezogen hat. — Gleicher Ansicht ist v. Bülow, Bd. 22 der Beiträge S. 709 ff., Kommentar zum § 273 C.P.O. S. 185, anders Brettner bei Busch, Zeitschrift für Civilprozeß Bd. I S. 254; Struckmann-Koch zu § 272, 2. Auflage S. 334, nehmen an, daß der Kostenpunkt im Theilurtheil mindestens vorzubehalten sei.

## § 5.

### b) Die Trennung der Angriffs- und Vertheidigungsmittel und die Aussonderung eines Zwischenstreits.

Im Gegensatz zu der in den §§ 4 und 5 besprochenen Trennung der Ansprüche steht die abgesonderte Verhandlung über einzelne Elemente eines Anspruchs oder der Vertheidigung und über beiläufige Streitigkeiten. Gegenstand dieser Trennung ist:

I. Eins oder einige von mehreren selbständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln. Die C.P.O. gestattet im § 137 die Verhandlung und im § 275 die Entscheidung nach dieser Richtung zu beschränken. Der § 137 giebt besondere Beispiele von solchen Mitteln, es liegt aber kein Grund vor, der im § 275 gestatteten Trennung einen abweichenden Umfang zu geben.

Unter Angriffs- und Vertheidigungsmittel versteht die C.P.O. nicht überall dasselbe. Im weiteren Sinne gehören dazu alle Prozeßhandlungen, welche einen Angriff oder eine Vertheidigung rechtfertigen sollen, also nicht nur die Klagegründe, Einreden u. s. w., sondern auch einzelne Thatsachen als deren Bestandtheile, ferner die Beweismittel und Einreden, selbst rein prozessualische Rechtsbehelfe, wie die Rechtsmittel. (Vgl. C.P.O. §§ 64 f., 491). In den §§ 251, 252, 256 C.P.O. werden dagegen die Beweis-Mittel und -Einreden nicht dazu gerechnet. Die §§ 137 und 275 sprechen nur von selb-

ständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln. Der § 137 erwähnt beispielsweise die Klagegründe, Einreden, Repliken; dies berechtigt aber noch nicht, lediglich die durchaus analogen Rechtsbehelfe, als Dupliken u. s. w. hierher zu rechnen. Denn der § 251 C.P.O. erwähnt ähnliche Beispiele, und doch ist es zweifellos, daß in seinem Sinne jede einzelne Thatsache nachträglich vorgebracht werden kann. Im Gegensatz zu diesem Paragraphen beziehen sich die §§ 137 und 275 nur auf selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel. Das Wort „selbständig" kann nur den Sinn haben, daß das Mittel für sich allein geeignet sein muß, einen Angriff oder eine Vertheidigung zu rechtfertigen und wegen seiner geschlossenen rechtlichen Bedeutung Gegenstand einer separaten Beurtheilung durch das Gericht zu sein. Einen direkten Angriff enthält die Erhebung eines Anspruchs und selbständig gerechtfertigt wird er durch den Inbegriff der Thatsachen, die ihn zur Entstehung bringen, d. h. den Klagegrund. Ein Angriff liegt aber wohl schon in der Behauptung eines Rechts, aus welchem der erhobene Anspruch nicht direkt, sondern in Folge des Hinzutritts anderer juristisch relevanter Thatsachen herzuleiten ist, z. B. in der Behauptung des Eigenthums an einem Grundstück, für welches eine Servitut beansprucht wird. Deshalb ist der Inbegriff der zur Begründung des Eigenthums geeigneten Thatsachen ebenfalls ein selbständiges Angriffsmittel. Dies um so mehr, als nach § 253 C.P.O. präjudizielle Rechtsverhältnisse durch Inzidentklagen zum direkten Gegenstand eines Anspruchs gemacht werden können. Man geht wohl nicht zu weit, wenn man als selbständiges Angriffsmittel jeden Inbegriff von Thatsachen bezeichnet, der an und für sich einen rechtlichen Erfolg, d. h. die Entstehung, den Untergang oder die Veränderung eines für den erhobenen Anspruch relevanten Rechts bewirken kann.

Ebenso ist als selbständiges Vertheidigungsmittel jeder Inbegriff von Thatsachen anzusehen, der einen für die Abwehr des erhobenen Anspruchs oder eines gegnerischen Vertheidigungsmittels erheblichen rechtlichen Erfolg herbeiführen kann. Es gehören dahin die Einreden, Repliken u. s. w. und innerhalb derselben jeder rechtlich relevante Inbegriff von Thatsachen. Im Einzelnen ist dabei Folgendes zu bemerken:

1) Die Eigenschaft der Selbständigkeit fehlt Thatsachen, die nur im Zusammenhang mit anderen eine rechtliche Wirkung haben. Des-

halb können Thatsachen, die zur Perfektion eines Rechtsgeschäfts gehören, oder gar solche, die einen Indizienbeweis herstellen, nicht weiter getrennt werden.

2) Die bloße Behauptung einer Thatsache begründet keinen Angriff und keine Vertheidigung, sie muß auch bewiesen werden. Ein Urtheil kann also nicht die Beweisführung vorbehalten.

3) Rein prozessualische Rechtsbehelfe, die einen Angriff oder eine Vertheidigung nicht selbständig begründen, sondern nur deren Durchführung ermöglichen oder erleichtern, wie die Rechtsmittel, der Einspruch u. s. w. gehören nicht hierher. Eine andere Frage ist die, ob sie den Gegenstand eines Zwischenstreits bilden können. Die Berufung z. B. motivirt an sich die Petita nicht, sie soll nur den bisherigen Prozeßstoff sowie neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel zur Kognition des höhern Richters bringen. Die Beschwerdepunkte sind eine durch ihre Richtung gegen das erste Erkenntniß besonders formulirte vollständige oder theilweise Wiederholung früherer Petita, und nur die materielle Begründung kann selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel enthalten.

4) Die bloße Negation einer gegnerischen Behauptung ist kein selbständiges Vertheidigungsmittel. Ein solches ist dagegen jede Einrede, gründe sie sich auf ein besonderes Recht wie eine Gegenforderung oder auf selbständige Thatsachen, welche wie die Simulation die Entstehung eines Anspruchs hindern, oder wie die Zahlung den entstandenen aufheben. Auch kann es nicht erheblich sein, ob sie aus dem materiellen oder dem Prozeßrecht entnommen ist, ob sie also bezweckt, daß der Anspruch als unbegründet abgewiesen oder (wie bei den prozeßhindernden Einreden) die erbetene Entscheidung über ihn abgelehnt werden soll. Nicht hierher gehören dagegen die Beweiseinreden, da sie sich nur auf einen Prozeßakt beziehen und nicht dem erhobenen Anspruche entgegenstehen. —

Es mag sich selten empfehlen, eine Einrede, Replik und dgl. weiter zu theilen. Eher ist dies bei dem Klagegrund der Fall, namentlich, wenn die Aktiv- oder Passivlegitimation, die ja nur einen Bestandtheil desselben bildet, ein besonderes Rechtsverhältniß, wie das Eigenthum bei der Servitutenklage, darstellt und eine eingehende Erörterung erfordert. Eine Mehrheit von Klagegründen, z. B. Kauf und Tradition einerseits und Ersitzung andererseits bei der Vindikation, und noch mehr die Klagegründe mehrerer auf denselben Gegen-

stand gerichteter Ansprüche, z. B. aus einem Kauf und aus nützlicher Verwendung, bilden natürlich ein geeignetes Objekt der Trennung. Die Sonderung des Legitimationspunktes halten auch Struckmann-Koch (S. 112 der 2. Auflage) und Seuffert (S. 140) in ihren Kommentaren zu § 137 der C.P.O. für zulässig. Dagegen nimmt Endemann, Kommentar zu § 137 Bd. I. S. 488 an, daß Klagegrund, Einrede, Replik u. s. w. nur als Ganzes ausgesondert, und nicht einmal der einzige Klagegrund von der einzigen ihm entgegenstehenden Einrede getrennt werden können. Diese Annahme hält sich zu sehr an den Wortlaut des § 137. Vgl. Gaupp, Kommentar zum § 137 S. 389.

Der Entstehungsgrund eines Anspruchs und sein Betrag stellen nicht zwei selbständige Angriffsmittel dar, da ein Anspruch ohne einen bestimmten Betrag nicht zur Entstehung gebracht werden kann. Doch läßt der § 276 C.P.O. eine Beschränkung der Entscheidung und deshalb auch der Verhandlung (vgl. den Abs. 2) auf den bloßen Grund eines auch dem Betrage nach streitigen Anspruchs zu. Bei der Erörterung des Grundes darf aber eine weitere Trennung des Klagefundaments von den auf ihn bezüglichen Vertheidigungsmitteln nicht mehr eintreten, vielmehr ist die Sache ähnlich zu behandeln, wie nach preußischem Recht bei Klagen auf Ersatz eines in separato zu ermittelnden Schadens. Die Trennung des Grundes und Betrages ist besonders wichtig für Ansprüche auf Schadensersatz und Interesseleistung, sie ist aber auch bei anderen zulässig und besonders zweckmäßig, wenn die Feststellung des Betrags ein weitläufiges Liquidationsverfahren erfordert, wie bei Ansprüchen aus einem Gesellschafts- oder Mandats-Verhältniß.

II. Ein anderer Gegenstand einer gesonderten Verhandlung und Entscheidung ist ein Zwischenstreit. Letztere ist im § 275 C.P.O. ausdrücklich gestattet; dies erlaubt einen Schluß auf erstere und außerdem kennt der § 312 Abs. 2 C.P.O. sogar einen bloß zur Verhandlung über einen Zwischenstreit anberaumten Termin. Ein solcher wird z. B. in dem Fall des § 331 C.P.O. nothwendig. Der Ausdruck Zwischenstreit bedeutet nach der C.P.O. ein doppeltes:

1) Einen Streit einer oder beider Parteien mit einem Dritten, z. B. über die Zulassung eines Nebenintervenienten, die Verweigerung des Zeugnisses. Eine auf den Streit beschränkte Verhandlung und

Entscheidung entspricht schon der Natur der Sache (vgl. C.P.O. §§ 68, 126, 352, 367).

2) Ein Zwischenstreit ist auch der Streit der Parteien über Zwischenfragen. Nur auf diesen bezieht sich der § 275 C.P.O., weil die Form der Entscheidung für den vorigen Fall anderweitig geregelt ist. Vgl. die Motive bei Hahn, Materialien S. 283. Da der Zwischenstreit im § 275 den Angriffs- und Vertheidigungsmitteln gegenüber gestellt wird, so kann er nicht wie diese das Materielle des Rechtsstreits und auch keinen Bestandtheil derselben zum Gegenstand haben. Die Zusammenstellung wäre auch eine schiefe, wenn die prozessualische Behandlung eines Streitpunktes, etwa ein Antrag oder gerichtlicher Beschluß auf abgesonderte Behandlung, das unterscheidende Merkmal bildeten. Die Beschaffenheit des Gegenstandes muß maßgebend sein, und hierbei kann füglich nur an Streitfragen gedacht werden, die sich beiläufig bei Benutzung der Angriffs- und Vertheidigungsmittel und lediglich aus dem Verfahren ergeben. Also z. B. Fragen, ob ein bestimmtes Beweismittel, z. B. die Eideszuschiebung, statthaft, ein Eid als verweigert anzusehen, ein Editionsantrag zuzulassen sei. Vgl. die Motive bei Hahn, Materialien S. 283, v. Bülow in den Beiträgen Bd. 22 S. 814. Ob es sich gerade um den Beweis handelt, kann nicht erheblich sein; es gehört auch die Frage hierher, ob ein Rechtsmittel zulässig, ein Angriffs- oder Vertheidigungsmittel verspätet, die Klage unzulässigerweise geändert sei u.*) dgl. Dagegen nicht Fragen, die nicht mit der Form des Verfahrens zusammenhängen, ob z. B. eine Thatsache bewiesen sei. Selbstverständlich ist nicht bei jedem untergeordneten Streitpunkt eine Trennung zweckmäßig.

(Schluß folgt.)

---

*) Vgl. dagegen den Aufsatz S. 170 ff. dieses Jahrganges. D. R.

## 21.

## Ist in Prozeßsachen alten Verfahrens die Zustellung von Erkenntnissen an den Zustellungsbevollmächtigten rechtlich wirksam?

Von Herrn Landgerichtsrath Schnee in Nordhausen.

---

Zu den mancherlei Streitfragen, welche über einzelne Vorschriften der deutschen Prozeßgesetze und der preußischen Ausführungsgesetze entstanden sind, gehört auch die:

ob die Erkenntnisse in Prozeßsachen, welche nach altem Verfahren entschieden werden, mit rechtlicher Wirkung an den Zustellungsbevollmächtigten der Partei zugestellt werden können?

Seitens eines Oberlandesgerichts-Senats ist in Sachen alten Verfahrens, worin das Erkenntniß I. Instanz nach dem 1. Oktober 1879 den auswärts wohnenden Mandataren der Parteien zu Händen ihrer Zustellungsbevollmächtigten zugestellt worden, diese Art der Zustellung nicht für wirksam erachtet, und es sind daher die in Folge eingelegter Appellation in die höhere Instanz gelangten Akten dem Landgerichte, welches in I. Instanz entschieden hatte, mit der Anweisung zurückgesandt, zunächst das Erkenntniß gehörig zustellen zu lassen.

Wir vermögen uns dieser Ansicht nicht anzuschließen.

Die Anhänger derselben führen dafür an:

1) das alte Prozeßverfahren kenne das Rechtsinstitut des Zustellungsbevollmächtigten nicht;
2) durch § 2 des Gesetzes, betreffend die Uebergangsbestimmungen zur Deutschen Civilprozeßordnung, vom 31. März 1879 sei die Anwendbarkeit desselben auf Prozeßsachen alten Verfahrens auch deutlich ausgeschlossen, indem die §§ 160—164 C.P.O. nicht unter denjenigen Paragraphen aufgeführt ständen, welche für anwendbar erklärt werden.

Diese Gründe dürften nicht stichhaltig sein.

Wenn auch das alte preußische Prozeßverfahren den Zustellungsbevollmächtigten im Sinne der §§ 160—164 C.P.O. nicht kannte, so konnte danach doch auch die Zustellung des Erkenntnisses mit rechtlicher Wirksamkeit an den Prozeßbevollmächtigten oder dessen Substituten erfolgen, sofern die Vollmacht nur ausdrücklich

auf die Befugniß zur Empfangnahme von Erkenntnissen lautete (Verordnung vom 5. Mai 1838 § 4; vgl. A.G.O. I. 3 §§ 32, 55, 56). Wenn nun das Gesetz betr. die Uebergangsbestimmungen 2c. vom 31. März 1879 die wirksame Zustellung auf den Zustellungsbevollmächtigten der C.P.O., auch wenn derselbe nicht Rechtsanwalt oder Generalbevollmächtigter ist, ausdehnte, so that es damit keinen großen Schritt. Diese Ausdehnung ist aber in dem § 2 a. a. O. zu finden.

Dieser § 2 des Ges. vom 31. März 1879 lautet nämlich:

„Zustellungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche nach den bisherigen Vorschriften erledigt werden, erfolgen unter entsprechender Anwendung der §§ 152—159, 165—174, 176 bis 189 der D. C.P.O.“

Die darin nicht erwähnten §§ 160—164 der D. C.P.O. betreffen nur:

1) die Verpflichtung der Partei zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten (§ 160);
2) die Folgen der nicht geschehenen Bestellung in Fällen, wo eine solche Verpflichtung vorliegt (§ 161);
3) die Nothwendigkeit von Zustellungen gerade an den Prozeßbevollmächtigten (§§ 162, 163);
4) die Frage, an wen die Zustellung eines Schriftsatzes, durch den ein Rechtsmittel eingelegt wird, zu erfolgen hat (§ 164).

Es hat durch Weglassung dieser Paragraphen also nicht die Zustellung an einen thatsächlich bestellten Zustellungsbevollmächtigten in alten Sachen für unanwendbar erklärt werden sollen. Daß dies durch den § 2 nicht beabsichtigt, vielmehr auch die Zustellung an den Zustellungsbevollmächtigten einer Partei hat für wirksam erklärt werden sollen, dürften folgende Erwägungen ergeben:

1. Den Motiven zu § 2 leg. cit. zufolge ist die ratio legis die: Konformität der Art und Weise der Zustellung in alten und neuen Sachen zum Zweck der Vermeidung von Irrthümern und Verwechselungen herzustellen.

„Insbesondere liegt es“ — heißt es in den Motiven, „soweit die Zustellungen durch Gerichtsvollzieher erfolgen, auf der Hand, daß das Nebeneinanderbestehen doppelter Zustellungsvorschriften — zumal da die Zugehörigkeit eines Zustellungsauftrages zu einer ältern oder einer neuern Sache nicht immer klar erkennbar sein wird — leicht zu Verwechselungen und Irrthümern Anlaß

bieten kann, welche zur Nichtigkeit der Zustellung und somit unter Umständen zu einer Schädigung der Parteien führen würde.

Von den Vorschriften der C.P.O. bleiben daher nur die §§ 160 bis 164, 175, 190 außer Betracht, da diese nicht das Zustellungsverfahren, sondern im Zusammenhange mit dem Prozeßverfahren die Voraussetzungen und Folgen gewisser Zustellungen bestimmen.

Selbstverständlich ist es, daß in den in Rede stehenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nur die Vorschriften der C.P.O. über das Verfahren bei Ausführung der Zustellungen und nicht etwa auch die Vorschriften darüber, in welchen Fällen Zustellungen nothwendig sind und wer dieselben zu veranlassen hat (z. B. §§ 288, 152 C.P.O.), zur Anwendung gebracht werden dürfen."

Sollte bloß in Sachen neuen Verfahrens an einen Zustellungsbevollmächtigten zugestellt werden dürfen, nicht auch in Sachen alten Verfahrens, so würde dies gerade nothwendigerweise zu vielen Verwechselungen und Irrthümern von Seiten der Gerichtsvollzieher zum Schaden des rechtsuchenden Publikums führen. Es ist auch kein Grund denkbar, warum gerade diese sehr zur Vereinfachung dienende Art und Weise der Zustellung nicht hätte sollen für anwendbar erklärt werden. Die Motive sprechen es ja auch ausdrücklich aus, daß nicht die Art und Weise der Zustellung, sondern nur die Voraussetzungen und Folgen gewisser Zustellungen (s. oben zu 1—4), sofern sie mit dem Prozeßverfahren im Zusammenhange stehen, durch Weglassung der §§ 160—164 haben für unanwendbar erklärt werden sollen, keineswegs also die Zustellung an einen etwa bestellten Zustellungsbevollmächtigten.

Es ergiebt dies aber auch:

2) der § 2 des Gesetzes selbst; denn durch den § 2 a. a. O. sind ausdrücklich die §§ 165 bis 174 der C.P.O. für anwendbar erklärt, also auch § 172, und dieser Paragraph lautet Abs. 2:

> „Einem Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Betheiligten sind so viele Ausfertigungen oder Abschriften zu übergeben, als Betheiligte vorhanden."

Hier ist also ausdrücklich die Zustellung an einen Zustellungsbevollmächtigten in Sachen alten Verfahrens für zulässig erklärt, und wird wohl Niemand behaupten wollen, daß die Zulässigkeit auf diesen einen Fall — des Vorhandenseins eines Zustellungsbevollmächtigten für Litiskonsorten — habe beschränkt werden sollen.

3) Für Rechtsanwälte kommt noch außerdem in Betracht, daß die Vollmachten derselben in Sachen alten Verfahrens in der Regel auf die Befugniß zur Empfangnahme der Erkenntnißausfertigungen sowie zur Substitution zu lauten pflegten, daß für Sachen neuen Verfahrens (vgl. C.P.O. § 77) demjenigen Rechtsanwalt, welcher am Orte des Gerichts, bei welchem er zugelassen, nicht wohnhaft ist, durch § 19 der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 die Pflicht auferlegt ist, sich bei diesem Gerichte einen am Orte desselben wohnhaften Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen, und daß nicht abzusehen ist, warum, da man — wie § 2 des Ges. vom 31. März 1879 betreffend die Uebergangsbestimmungen zeigt — das Zustellungsverfahren in Sachen alten und neuen Verfahrens möglichst konform gestalten wollte (s. oben), für Rechtsanwälte dieser Zustellungsmodus in Sachen alten Verfahrens ausgeschlossen und auf Sachen neuen Verfahrens beschränkt bleiben sollte.

Es dürfte hiernach die Zustellung der Erkenntnisse — sowie der Schriftstücke überhaupt — in Sachen alten Verfahrens an einen Zustellungsbevollmächtigten für rechtlich wirksam zu erachten sein, gleichviel, ob es sich von einem Zustellungsbevollmächtigten, den die Partei selbst, oder ob es sich von einem solchen Zustellungsbevollmächtigten handelt, den ihr Prozeßbevollmächtigter sich bestellt hat.

---

# Aus der Praxis.*)

## A. Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts.

1) In der Nichtigkeitsbeschwerdesache der Kirchengemeinde zu D. wider den Kammerherrn von T. (185/79) hat das Reichsgericht (IV. Civilsenat) durch Urtheil vom 8. Januar 1880 folgende Rechtsgrundsätze angenommen:

a) Die über die Vertheilung der Kirchenbaulast, namentlich bezüglich der Personen der Beitragspflichtigen bestehenden gesetzlichen Be-

---

*) Die seit dem Erscheinen der Hefte 2—4 ergangenen, wichtigeren Entscheidungen des Reichsgerichts sind in einem gleichzeitig mit diesem Heft zur Ausgabe gelangenden Beilagehefte mitgetheilt, auf dessen Vorwort Bezug genommen wird. D. R.

stimmungen sind nicht durch den § 31 Nr. 6 der evangelischen Kirchengemeinde- und Synodalordnung vom 10. September 1873 und Art. 9 des Gesetzes vom 25. Mai 1874 aufgehoben. (Erkenntniß des preuß. Ober-Tribunals vom 7. November 1877, Entscheidungen Bd. 81 S. 75.)

b) Die im Art. 3 Abs. 3 des Gesetzes vom 25. Mai 1874 gedachten Umlagen beziehen sich nicht auf Leistungen zum Kirchenbau.

c) § 15 des Gesetzes über die Erweiterung des Rechtsweges vom 24. Mai 1861 setzt eine Umlage voraus, welche von der aufsichtführenden Regierung in Gemäßheit gesetzlicher Bestimmung angeordnet ist. Ob diese Bedingung vorliegt, ist von den Gerichten zu entscheiden.

Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. I. S. 140.

2. In der Nichtigkeitsbeschwerdesache des Handelsmanns B. wider den Kurator des C. W. (168/79) hat das Reichsgericht (III. Civilsenat) durch Urtheil vom 14. November 1879 den Rechtsgrundsatz angenommen:

> Der § 90 der preuß. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 ermächtigt den Vormundschaftsrichter nicht, eine Pflegschaft mit der Wirkung vorläufiger Entmündigung anzuordnen. Die Unzulässigkeit einer solchen Anordnung kann im Prozesse durch Dritte geltend gemacht werden.

Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. I. S. 107.

3. In der Nichtigkeitsbeschwerdesache des Kreditvereins zu B. wider den frühern Besitzer G. hat das Reichsgericht (I. Hülfssenat) durch Urtheil vom 12. Dezember 1879 den Rechtsgrundsatz angenommen:

> Die von einem Nichtkaufmann einem Kaufmann geleistete Bürgschaft bedarf nicht der schriftlichen Form.

(A.L.R. I. 14 § 203; H.G.B. 277, 281, 317; Entsch. des R.O.H.G. II. S. 44; Entsch. des Ober-Tribunals 63 S. 301; Striethorst Archiv 91 S. 290).

Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. I. S. 24.

4. In der Nichtigkeitsbeschwerdesache W. wider Sch. (92/7) hat das Reichsgericht (I. Hülfssenat) durch Urtheil vom 16. März 1879 den Rechtsgrundsatz ausgesprochen:

> Die persönliche Klage, welche § 41 des Eigenthumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 dem Gläubiger gegen den Erwerber,

welcher die Hypothek in partem pretii übernimmt, gegeben hat, ist die Klage aus dem der Hypothek zu Grunde liegenden Schuldverhältniß, nicht die Klage aus dem Kaufvertrage. Der Uebernehmer kann der Klage des Gläubigers die Einreden, welche dem ursprünglichen Schuldner zustehen, entgegensetzen.

(Vgl. Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 80 S. 68 — IV. Senat — und Strieth. Arch. Bd. 95 S. 312 — III. Senat.)

5. In der Revisionssache C. wider H. (59/1879) hat das Reichsgericht (V. Civilsenat) durch Urtheil vom 3. Januar 1880 den Rechtsgrundsatz angenommen:

Die Wiedereintragung einer irrthümlich gelöschten Hypothek kann nicht bloß verlangt werden, wenn die Löschung durch Versehen eines Grundbuchbeamten bewirkt ist, sondern auch in dem Falle, daß die dem Grundbuchrichter vorgelegte Löschungsbewilligung des Gläubigers betrüglicher Weise gefälscht ist.

(A.L.R. I. 20 §§ 524, 526; Eigth.-Ges. vom 5. Mai 1872 § 57; G.B.O. §§ 94, 118.

Vgl. dagegen Koch, Kommentar zu A.L.R. I. 20 § 526; Förster, Theorie und Praxis Bd. 3 § 200 edit. 3 S. 475 Note 5; Präjudiz des Ober-Tribunals 324.)

Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. I. S. 168.

6) In der Nichtigkeitsbeschwerdesache K. wider J. (150/1879) hat das Reichsgericht (V. Civilsenat) durch Urtheil vom 3. Januar 1880 die Rechtsgrundsätze ausgesprochen:

a) Im Subhastationsverfahren beruht der Titel zum Eigenthumserwerb seitens des Erstehers nicht in dem Zuschlagsbescheide, vielmehr in der Willenseinigung der Subhastations-Interessenten und des Bieters, welche in dem Lizitationsprotokoll ihren Abschluß findet. Der Abschluß des Vertrages vollendet sich in der Lizitationsverhandlung, sobald das Versteigerungsprotokoll abgeschlossen ist.

Daraus folgt jedoch nicht, daß die Wirkung des Zuschlagsbescheides nicht weiter reicht, als die Willensmeinung der Interessenten im Versteigerungstermine selbst. Denn der Zuschlagsbescheid ist ein Erkenntniß und schafft zwischen den Subhastations-Interessenten Recht, soweit er nicht durch Rechtsmittel angefochten wird.

b) Die Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung (Eigth.-

Ges. vom 5. Mai 1872 § 8) bewirkt ein durch den Nachweis des Anspruchs selbst bedingtes dingliches Recht auf die Sache, welches nicht nur den eingetragenen Eigenthümer in seinem Verfügungsrecht beschränkt, sondern auch gegen jeden dritten Erwerber so lange wirkt, als die Vormerkung nicht gelöscht ist.

7. Ist eine Lebensversicherung dahin abgeschlossen, daß eine bestimmte Summe nach dem Tode des Versicherungsnehmers an dessen Ehegattin oder Kinder gezahlt werden soll, so können diese Personen nach preußischem Recht, auch ohne Beitritt zu dem Versicherungsvertrage, die versicherte Summe nach dem Tode des Versicherungsnehmers beanspruchen. Dieselbe bildet nicht einen Theil des Nachlasses.

Angenommen in der Nichtigkeitsbeschwerdesache Sch. wider H. (41/80) durch Urtheil des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 25. Februar 1880.

Vgl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. I. S. 188.

8. In der Beschwerdesache C. und C. wider H. (Beschw. III. 8/80) hat das Reichsgericht (vereinigte Civilsenate) am 29. April 1880 auf die sofortige Beschwerde des Beklagten den Rechtsgrundsatz ausgesprochen:

In den Fällen, in welchen die Einlegung der Beschwerde durch einen Rechtsanwalt überhaupt erforderlich ist, erscheint das Rechtsmittel der Beschwerde gesetzlich eingelegt, wenn die Beschwerdeschrift

bei dem Gerichte, gegen dessen Entscheidung Beschwerde erhoben wird, durch einen bei diesem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt,

oder:

bei dem Beschwerdegericht — soweit die Beschwerde hier eingelegt werden kann — durch einen bei letzterem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt

eingereicht worden ist.

C.P.O. §§ 74, 530 ff.; Rechts-Anw.-O. § 27.

## B. Einzelne Rechtsfälle.

### Nr. 91.

**Zur Auslegung der §§ 33—36, 49 und 59 der Rechtsanwaltsordnung.**

(Reskript des Justizministers vom 1. Mai 1880.)

Der Bandagist H. beabsichtigte eine Entschädigungsklage wider den Rentier E. anzustellen, und es war ihm wegen seiner nachgewiesenen Armuth zu diesem Zwecke der Rechtsanwalt W. in Osnabrück zum Armen-Anwalt bestellt. Dieser verhandelte über den von seinem Klienten behaupteten Anspruch mit demselben und erklärte ihm darauf, daß er eine Klage wider E. nicht substanziiren könne, weil dazu die von H. behaupteten Thatsachen nicht genügten, er übrigens auch diese Thatsachen nach anderweit ihm bekannt gewordenen Umständen nicht einmal für wahr halten könne und er den Anspruch des H. deshalb für einen frivolen erachte. — H. beschwerte sich bei dem Vorstande der Anwaltskammer für den Bezirk des Oberlandesgerichts zu Celle; dieser aber wies durch Bescheid vom 6. Februar 1880 die Beschwerde zurück, weil er nicht kompetent sei, „über die Begründung der Versagung seiner Berufsthätigkeit, welche von dem Rechtsanwalt W. angeführt worden, zu entscheiden.“ — Ueber diesen Bescheid beschwerte sich H. bei dem Justizminister, welcher durch ein an den Präsidenten des Oberlandesgerichts zu Celle gerichtetes Reskript vom 1. Mai 1880 über die in einem solchen Falle anzuwendenden Grundsätze des Verfahrens Folgendes ausgesprochen hat:

„Nach meiner Auffassung war der Rechtsanwalt W. nach den Vorschriften der Rechtsanwaltsordnung §§ 33—36 zu einer einfachen Ablehnung der ihm zugewiesenen Vertretung des Beschwerdeführers nicht berechtigt, hatte vielmehr, wenn er die Vertretung ablehnen zu müssen glaubte, gegen die Beiordnung Beschwerde zu führen, für welche das Prozeßgericht zuständig gewesen sein würde. Erfüllt derselbe die ihm obliegende Verpflichtung zu der nothwendigen Vertretung der Partei nicht, so ist allerdings nach § 49 Nr. 1. 3 der Rechtsanwaltsordnung der Vorstand der Anwaltskammer zuständig, auf Anrufen der Partei seine Vermittelung in dem entstandenen Streite eintreten zu lassen und zutreffenden Falles ein Einschreiten der Staatsanwaltschaft im ehrengerichtlichen Ver-

fahren anzuregen, nicht aber eine Entscheidung über die Beschwerde zu geben und event. den Rechtsanwalt W. von der ihm aufgetragenen Vertretung zu entbinden.

Allem Anscheine nach hat der Vorstand der Anwaltskammer bei seinem Bescheide vom 6. Februar d. J. nur die letztere ihm allerdings nicht zustehende Entscheidung im Auge gehabt; er wird dagegen kaum ein Bedenken tragen, im Sinne des § 49 Nr. 1, 3 der Rechtsanwaltsordnung thätig zu werden.

Ew. ꝛc. ersuche ich demgemäß, den Vorstand der Anwaltskammer zur erneueten Prüfung der Anträge des Beschwerdeführers von den angedeuteten Gesichtspunkten aus aufzufordern. Ich lege Werth darauf, daß sich für die Behandlung derartiger Angelegenheiten nicht eine unrichtige Praxis bildet.

Sollten jedoch hierbei irgend welche Schwierigkeiten entstehen, so kann ich nicht annehmen, daß die Aufsicht über den Geschäftsbetrieb des Vorstandes (§ 59 der Rechtsanwaltsordnung) für den vorliegenden Fall die Befugniß einschließt, den Vorstand zu einer weiteren Thätigkeit anzuweisen. Wohl aber scheint es mir gerechtfertigt, dem Beschwerdeführer wegen der eintretenden Verzögerung, vorbehaltlich des Einschreitens gegen den bestellten Anwalt, auf Antrag einen anderen Anwalt beizuordnen, ohne den Erfolg der erhobenen Beschwerde abzuwarten, sofern nicht die Prüfung des von ihm zu verfolgenden Anspruchs die Entziehung des Armenrechts herbeiführt."

# Literatur.

## 57.

**Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz.** Von G. v. Wilmowski und M. Levy. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin 1880. Franz Vahlen. Bisher zwei Lieferungen, Civilprozeßordnung §§ 1—247.

Es ist eine leidige Erfahrung, welche der Besitzer juristischer Bücher heut zu Tage viel schneller als ehedem immer wieder zu machen hat, daß das zunächst werthvolle Buch von der Entwickelung der Gesetzgebung oder der Literatur überholt wird und seinen Werth verliert. Kommentare insbesondere, welche dem sofortigen Handgebrauch das bereite Material geben sollen, haben in verhältnißmäßig kurzer Zeit diejenige Vollständigkeit verloren, welche ein wesentliches Stück des Werths eines solchen Buches ausmacht. Dennoch wird derjenige, welcher sich an die Ausdrucksweise und die Anordnung des Stoffs in einem bestimmten guten Kommentar gewöhnt hat, in dem neueren Kommentar eines andern Herausgebers selten vollen Ersatz finden. — Der Kommentar von Wilmowski und Levy zur Civilprozeßordnung war einer der ersten gewesen, welche sich als Hülfsmittel für das Studium der Civilprozeßordnung dargeboten hatten. „Bis dat qui cito dat", war ihm von Khe. in dieser Zeitschrift Bd. 22 S. 430 mit Dank nachgerufen worden; und wie er damals den preußischen Juristen als ein zuverlässiger Wegweiser auf den Bahnen des neuen Civilprozesses empfohlen wurde, so hat er sich einen nicht geringen Freundeskreis erworben. Von demselben wird die neue Ausgabe als eine in der That nicht bloß erheblich vermehrte, sondern erheblich verbesserte freudig begrüßt werden, und das Buch ist in seiner gegenwärtigen Gestalt durchaus dazu angethan, sich neue Freunde zu erwerben.

Die neue Ausgabe zeichnet sich durch eine sehr sorgfältige Benutzung der reichen Literatur des neuen Civilprozeßrechts aus; die zahlreichen in dieser Literatur hervorgetretenen Differenzen werden unter Angabe der Gründe und Gegengründe mit großer Uebersichtlichkeit beleuchtet. Von erheblichen Erscheinungen der neueren Literatur habe ich nur eine, — gerade diese freilich besonders ungern vermißt, — die Wach'schen Vorträge mit ihrem so vielfach anregenden Inhalt scheinen den Verfassern entgangen zu sein, wenigstens habe ich die Erwähnung Wach'scher Ansichten an mehreren Stellen, wo ich solche zu finden erwartete, vermißt. Durch die im Uebrigen sorgfältige Benutzung der Literatur sind die Verfasser genöthigt worden, die Begründung der eigenen Ansichten zu vertiefen. Dabei wissen sie als Anwälte, welche die Civilprozeßordnung mit den Augen des Praktikers ansehen und in täglicher Anwendung zu prüfen haben, dasjenige, was wesentlich auf theoretische Spitzfindigkeit hinausläuft, zurück zu drängen und das, was für die praktische

Anwendung erheblich ist, stärker zu betonen, ohne daß sie darum die wissenschaftliche Begründung versäumen.

Wenn ich Einzelheiten herausgreifen wollte, so würden dieselben zur Karakterisirung des ganzen Buchs nicht beitragen. Um diese Anzeige aber nicht ganz unjuristisch erscheinen zu lassen, wähle ich einen Punkt, den Wilmowski und Levy nur gestreift und nicht genügend betont haben, den ich aber auch in keinem andern — seit dem Erlaß des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 erschienenen — Kommentar in ausreichender Weise erörtert finde. Zu § 240 der Civilprozeßordnung, also zur Lehre von der Klageänderung und Klageerweiterung, schreiben v. W. und L.:

„Dem Konkursverwalter ist für die aufgenommene Anfechtungsklage eines Gläubigers durch das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 § 13 Abs. 2 (R.G.B. S. 279) die Erweiterung des Anspruchs nach §§ 30—32, 34 K.O. in Gemäßheit der §§ 240, 491 C.P.O. gestattet". Der Satz ist gewiß richtig, aber ist die Ausschreibung dieses schwierigen Gesetzestextes so verständlich, wie ein Kommentar sein soll? Das Gesetz vom 21. Juli 1879 hat sich hier von der Bestimmung des § 240, daß eine Aenderung des Klageantrags und eine Erweiterung desselben nur unter der Bedingung zulässig sein soll, daß das Klagefundament nicht geändert wird, vollständig emanzipirt. Grundlage der Anfechtung des einzelnen Gläubigers ist die dargelegte Unzulänglichkeit des der Zwangsvollstreckung unterworfenen Vermögens des Schuldners zur Befriedigung dieses Gläubigers in Verbindung mit dem Vorhandensein einer anfechtbaren Rechtshandlung, Ziel derselben die Erklärung der Unwirksamkeit der Rechtshandlung diesem Gläubiger gegenüber und bestimmt begrenzte (§ 9 des Gesetzes) Rückgewähr im Interesse desselben zur Erweiterung der ihm zugänglichen Zwangsvollstreckungsobjekte; die Erweiterungsanträge des Konkursverwalters gehen auf vollständige Rückgabe dessen, was veräußert, weggegeben, aufgegeben ist zur Konkursmasse (unter Erstattung der in der Konkursmasse enthaltenen Bereicherung aus der Gegenleistung): eine solche Erweiterung wäre dem einzelnen Gläubiger nie möglich gewesen, ihre Grundlage ist nicht das Klagefundament, sondern die während des Prozesses erfolgte Eröffnung des Konkursverfahrens. Während der Gläubiger wegen der Verkümmerung seines Befriedigungsrechts die Zwangsvollstreckung in Höhe von 50 M. in das Grundstück erreichen wollte, wird jetzt das ganze Grundstück für die Konkursmasse beansprucht; und das kann andererseits wieder geschehen, während der Konkursverwalter nach Konkursrecht ein Anfechtungsrecht nicht mehr haben würde. Die Anfechtung in Höhe von 50 M. ist geschehen gegenüber dem Schwager des Schuldners, der das Grundstück im letzten Jahre vor der Erhebung der Anfechtungsklage gekauft hat. Zur Zeit der Konkurseröffnung liegt der Verkauf 3 Jahre zurück, ein eigenes Anfechtungsrecht würde der Konkursverwalter, der den positiven Beweis der Benachtheiligungsabsicht nicht führen kann, nicht haben; dennoch ist sein Erweiterungsantrag begründet. Das ist gewiß regelwidrig und gilt nur, weil es das positive Gesetz so will. An diese Erkenntniß der Regelwidrigkeit der Erweiterung,

die die Bedeutung derselben erst verständlich macht, müßte sich m. E. in der civilprozessualischen Erörterung eine Beantwortung der Frage knüpfen, wie die erst in zweiter Instanz eingetretene Uebernahme des Rechtsstreits durch den Konkursverwalter mit erweitertem Anspruch sich prozessualisch gestaltet, in welcher Weise namentlich der Anfechtungs-Beklagte den nach der Erweiterung zuläßigen Gegenanspruch wegen seiner in der Konkursmasse enthaltenen Leistung zu verfolgen hat. Den Herren Verfassern wird bei Besprechung des § 491 der Civilprozeßordnung Gelegenheit gegeben sein, auf diesen Punkt zurückzukommen. — Nach einer Ankündigung der Verlagsbuchhandlung ist die Fertigstellung des ganzen Werkes noch im Laufe dieses Sommers zu erwarten. E.

---

58.

**Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst den auf den Civilprozeß bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und den Einführungsgesetzen, erläutert von Dr. J. Struckmann, Geh. Ober-Justizrath und Landgerichts-Präsident, und R. Koch, Kaiserl. Geh. Ober-Finanzrath, Reichsbankjustitiarius und Mitglied des Reichsbankdirektoriums. Dritte vermehrte und verbesserte Auflage. Erste und zweite Lieferung. Berlin und Leipzig. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1880.**

Die deutschen Juristen wären undankbar, wenn sie nicht aufrichtig anerkennen wollten, daß ihnen der Uebergang in die neue Zeit durch eine Reihe anregender, sorgfältiger, belehrender Arbeiten so leicht als möglich gemacht worden ist. Daß zu den Arbeiten, welche dieses Anerkenntniß in hervorragendem Maße verdienen, der Struckmann-Koch'sche Kommentar der C.P.O. gehört, ist in den Beiträgen bei den Anzeigen der 1. und 2. Auflage Bd. 21 S. 640 und Bd. 23 S. 922 hervorgehoben. Die 3. Auflage ist nöthig geworden, ehe noch die Praxis erheblich viel Material und fruchtbare neue Gesichtspunkte zu Tage gefördert hat, und darum hat diese denn auch nur einen sehr geringen Antheil an den Bereicherungen, welche der Kommentar in den bisher erschienenen beiden, bis zum § 707 C.P.O. reichenden Lieferungen der 3. Auflage erfahren hat. Derselbe beschränkt sich im Wesentlichen auf die wenigen Entscheidungen, welche bisher das Reichsgericht in Fragen des neuen Civilprozeßrechts gefällt hat. Von ihnen hat die (inzwischen in Nr. 11 der „Juristischen Wochenschrift" mitgetheilte) Plenarentscheidung vom 29. April d. J. über die Streitfrage, ob die Beschwerdeschrift, soweit sie überhaupt dem Anwaltszwange unterliegt, durch einen beim Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet werden muß, nicht den Beifall der Verfasser. Während das Reichsgericht unter dem Prozeßgericht, bei welchem nach § 74 C.P.O. der Anwalt des Beschwerdeführers zugelassen sein muß, dasjenige Gericht versteht, bei welchem die Beschwerde eingereicht wird, und deshalb die bei dem beschwerenden Gericht, d. h. dem Gerichte, dessen Entscheidung angefochten wird, eingelegte Beschwerde als formgerecht ansieht, wenn sie von einem bei diesem zugelassenen Anwalte unterzeichnet ist, für eine beim Beschwerde-

gerichte erhobene Beschwerde dagegen die Unterzeichnung durch einen Anwalt des Beschwerdegerichts fordert, erachten die Verfasser als das Prozeßgericht im Sinne des § 74 C.P.O. ausschließlich dasjenige, dessen Entscheidung angerufen wird.

Den meisten Stoff zum weiteren Ausbau des Kommentars in der vorliegenden Ausgabe haben den Verfassern die zahlreichen nach Fertigstellung der 2. Auflage erschienenen Erörterungen und wissenschaftlichen Bearbeitungen einzelner Prozeßfragen und Prozeßmaterien, namentlich auch die so sehr anregenden und fördernden Wach'schen Vorträge, sowie die inzwischen dazu gekommenen neueren Kommentare, besonders der v. Bülow'sche und Gaupp'sche, gewährt. Alle diese Arbeiten sind berücksichtigt und einer sorgfältigen Kritik unterzogen. Die gleichzeitig erscheinende neue Auflage des Wilmowski-Levy'schen Kommentars haben die Verfasser dagegen selbstredend noch nicht benutzen können. Wir erwähnen dies, um auf eine Differenz in den Ansichten aufmerksam zu machen, welche von erheblicher Tragweite ist.

§ 52 C.P.O. bestimmt:

> Einzelne Prozeßhandlungen, zu welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, sind ohne dieselben gültig, wenn die Ermächtigung zur Prozeßführung im Allgemeinen ertheilt oder die Prozeßführung auch ohne eine solche Ermächtigung im Allgemeinen statthaft ist.

Struckmann und Koch sagen dazu:

> § 52 enthält ein wichtiges, an die handelsrechtliche Formalvollmacht (Prokura rc.) erinnerndes Prinzip. Die allgemeine Befugniß zur Prozeßführung, mag sie auf ertheilter Ermächtigung oder auf Gesetz beruhen, ersetzt jede besondere Ermächtigung, welche die Landesgesetze (z. B. preuß. Vorm.-O. § 42) zu einzelnen Prozeßhandlungen (z. B. Verzichtleistungen, Vergleichen, Eideszurückschiebungen rc.) erfordern. Der gesetzliche Vertreter kann in dieser Beziehung nach außen hin nicht beschränkt werden. Auch der Vorbehalt des § 79 findet hier keine Anwendung.

Aehnliche Auffassungen finden sich auch in vielen anderen Kommentaren.

Wilmowski und Levy vertraten dagegen schon in der ersten Auflage und vertreten auch jetzt die Ansicht, daß Vergleiche und Verzichtleistungen auf den Streitgegenstand keine Prozeßhandlungen im Sinne des § 52 C.P.O. sind, § 42 Nr. 8 der preuß. Vorm.-O. daher durch die C.P.O. unberührt geblieben ist.

Wir glauben, daß die letztere Ansicht den Vorzug verdient. Der zunächst entscheidende Sprachgebrauch der C.P.O. ergiebt sich aus § 77 derselben. Dort heißt es:

> Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, einschließlich derjenigen, welche durch eine Widerklage, eine Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden; zur Bestellung eines Vertreters sowie eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen, zur Beseiti-

gung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs.

Danach rechnet die C.P.O. Vergleiche und Verzichtleistungen nicht zu den Prozeßhandlungen. Dieselbe Terminologie kehrt in den §§ 79 und 81 wieder. Nach § 79 hat eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der Vollmacht dem Gegner gegenüber nur insofern rechtliche Wirkung,

als diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich und Verzichtleistung auf den Prozeßgegenstand oder Anerkennung des vom Gegner geltend gemachten Anspruchs betrifft, —

d. h. einige derjenigen Rechtshandlungen, welche nach § 77 nicht zu den Prozeßhandlungen gehören. Bezüglich der letzteren ist daher eine Beschränkung wirkungslos. Darum bestimmt § 81 konsequent:

Die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozeßhandlungen sind für die Partei in gleicher Weise verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären, —

eine Bestimmung, welche in dieser Allgemeinheit unrichtig wäre, wenn zu den Prozeßhandlungen Vergleiche, Verzichtleistungen und Anerkenntnisse gehörten.

Auch die Motive besagen nichts Anderes. Sie nehmen zwar auf das dem Art. 43 H.G.B. zu Grunde liegende Prinzip Bezug, ziehen daraus aber nur die Konsequenz, daß durch § 52 Vorschriften beseitigt sind,

wie sie z. B. die preuß. A.G.O. I. 10 § 292 in Betreff der Berechtigung der Vormünder zur Relation von Eiden enthält.

Das ist völlig zutreffend, da die Eidesrelation unzweifelhaft eine Prozeßhandlung ist; es folgt aber daraus nichts für die hier in Rede stehende, Vergleiche und Verzichtleistungen betreffende Frage. Das Prinzip des Art. 43 H.G.B. wird auch bei unserer Auffassung des § 52 gewahrt. Wie danach aber Beschränkungen der Vollmacht nur insoweit unzulässig sind, als es sich

um Geschäfte und Rechtshandlungen handelt, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (Art. 42),

sonstige Vertretungshandlungen dagegen, auf welche sich die Vollmacht des Prokuristen etwa außerdem bezieht, dem Prinzip des Art. 43 nicht unterliegen, so will § 52 C.P.O. denselben Grundsatz auch nur auf die Prozeßhandlungen des Prozeßbevollmächtigten angewendet wissen, nicht aber auf weitere, bei Gelegenheit der Prozeßführung vorkommende Akte.

Die gegentheilige Auffassung führt denn auch zu bedenklichen Konsequenzen. Der preußische Vormund bedarf zum Abschluß eines Vergleiches, wenn dessen Gegenstand unschätzbar ist oder die Summe von 300 Mk. übersteigt, nach § 42 Nr. 8 Vorm.-O. der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Sollte der Gesetzgeber wirklich beabsichtigt haben, dem Vormunde die Ermächtigung zu geben, einen vom Vormundschaftsgericht verworfenen Vergleich mit rechtlicher Gültigkeit selbständig abzuschließen, sobald er z. B. in Gemäßheit des § 471 C.P.O. den andern Theil zum Zwecke eines Sühneversuches vor das Amtsgericht ladet?

Daß unsere Auffassung keine vereinzelte ist, dafür zeugen Art. 177 des bayrischen und Art. 15 des württembergschen Ausf.-Ges. zur C.P.O., welche die Vergleichsbefugnisse der Vormünder allgemein und ohne Ausschluß prozessualischer Vergleiche landesgesetzlich regeln (vgl. v. Wilmowski und Levy, Ausführungs- und Uebergangsgesetze S. 77, 107).

Wir wünschten, durch diese Erörterung den Verfassern einen Anlaß zu geben, die nicht unwichtige Frage einer erneuten Erwägung zu unterziehen, und würden uns freuen, wenn wir, wie wir in den weitaus meisten Fragen ihre Ansichten theilen, auch in dieser zu einem Einverständniß gelangten. Küntzel.

---

59.

**Die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten (Theil I.—III.) in ihrer heutigen Gestalt und Geltung.** Von J. Basch. Berlin bei H. W. Müller. 1880.

In den Verhandlungen des preußischen Landtags ist wiederholt die Vorlegung eines Gesetzentwurfs angeregt worden, in welchem die neben den Reichsprozeßgesetzen in Gültigkeit bleibenden Vorschriften des ersten Theils der Allgemeinen Gerichtsordnung zusammengestellt und dem Bedürfniß entsprechend umgearbeitet werden sollten. Da die Vertreter der Staatsregierung die Ansicht ausgesprochen haben, daß die Erörterung dieser Angelegenheit besser der Wissenschaft und Praxis zu überlassen sei, so hat der fleißige Verfasser, dessen Codex des Handelsrechts im ersten Hefte des diesjährigen Bandes dieser Zeitschrift anerkennende Beurtheilung gefunden hat, den Versuch einer solchen Zusammenstellung unternommen. Hierbei hat er zugleich den zweiten Theil jenes Gesetzbuchs in den Bereich seiner Arbeit gezogen, ja er hat es für nothwendig erachtet, auch den dritten Theil desselben darauf zu prüfen, was bei allen Aenderungen der Justizverfassung davon übrig geblieben sei. Einer Kritik des Ergebnisses dieser letzten Arbeit, das im Wesentlichen in der Weise gewonnen wird, daß der Verfasser das, was von den alten Justizkollegien, deren Vorständen, den Untergerichten und den Justizkommissarien gesagt ist, auf die neuen Kollegialgerichte, deren Präsidenten, die Amtsgerichte und die Rechtsanwälte überträgt, enthalte ich mich, obgleich diese Methode die Kritik sehr herausfordert, um das Ergebniß der Bearbeitung des ersten Theils einer kurzen Besprechung zu unterwerfen.

Die Allgemeine Gerichtsordnung hat nicht nur für den Civilprozeß rechtliche Bedeutung gehabt. Als das Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der alten Kernbestandtheile des preußischen Staats ist sie in mannigfacher Weise und nicht bloß, soweit das inzwischen neu geordnete Verfahren vor den Auseinandersetzungsbehörden oder die Administrativexekution in Frage stand, für die Verwaltung von Erheblichkeit gewesen, mehrfach in Gesetzen ausdrücklich in Bezug genommen oder die stillschweigende Voraussetzung verwaltungsgesetzlicher Normen. Es wäre also lohnend, die Allgemeine Gerichtsordnung von diesem Gesichtspunkt einer Durchsicht zu unterziehen. Daß es aber einem Richter nicht leicht in den

Sinn kommen wird, die Sache von dieser Seite anzufassen, ist begreiflich. Der Verfasser geht ausschließlich als Jurist an das alte Gesetz heran und fragt, was für den Civilrichter übrig geblieben ist. Wie mir scheint, ist er aber auch bei der Beantwortung dieser Frage von einem unhaltbaren Standpunkt ausgegangen. Wort für Wort den Gesetzestext durchgehend, prüft er, welche Sätze der Gerichtsordnung etwa wörtlich oder durch kühne Substitution der neuen Kunstausdrücke in den Rahmen des neuen Prozeßrechts passen. So gewinnt er eine nicht unerhebliche Zahl von Normen, deren dauernde Geltung er annimmt, obgleich sie in das durch die Civilprozeßordnung geordnete Gebiet hinein schlagen. Die Geltung dieser Normen kann aber nur zugegeben werden, insofern sich die Sätze wirklich als Konsequenzen aus dem Inhalt der Civilprozeßordnung ergeben, und ihre Geltung ist dann ganz unabhängig davon, ob sie früher einmal kraft der Allgemeinen Gerichtsordnung Gesetz waren. Zur Zahl dieser zu Unrecht als Sätze der Gerichtsordnung festgehaltenen Vorschriften rechne ich, um nur das aus den ersten Titeln des Gesetzbuchs Vorgeführte durchzugehen, die wiedergegebenen Vorschriften über das Wesen des Prozesses, die Aufgabe des Richters im Prozesse, die Bedeutung der Rechtskraft, die Fähigkeit vor Gericht aufzutreten, die Anfechtung rechtskräftiger Urtheile wegen mangelnder Prozeßlegitimation des Vertreters, den Inhalt der Klage u. s. w. Die Ausbeute, welche hier gewonnen ist, konnte übrigens natürlich auch sachlich nur von geringer Bedeutung sein; meist sind es Gemeinplätze, die sich ohne Schaden auch auf das neue Recht anwenden lassen, — zuweilen aber ist die Uebertragung der alten Sätze in das neue System auch nicht ohne Gefahr. (Vgl. z. B. Tit. 7 § 49 Nr. 2.)

Die wissenschaftliche Bedeutung einer Durchforschung der Allgemeinen Gerichtsordnung ist auf einem anderen Felde zu suchen; nach meinem Erachten war neben der Feststellung der größern Bruchstücke, welche eine dem Landesrecht überlassene Materie des Prozeßrechts ordnen (namentlich Tit. 51 Abschn. 3 und 4), und neben der Prüfung und Begrenzung derjenigen Bestandtheile, die ein nicht civilprozessualisches Verfahren, — soweit es als solches fortbesteht, — regeln (freiwillige Subhastation und Erbtheilung) — das Augenmerk vornehmlich auf die materiell-rechtlichen Bestimmungen der Allgemeinen Gerichtsordnung zu richten, und unter Beiseitestellung derjenigen zahlreichen Sätze, die lediglich eine Bezugnahme auf landrechtliche Vorschriften enthalten oder Sätze des Landrechts wiederholen, war als werthvolles Ergebniß die verhältnißmäßig geringe Zahl materieller Rechtsnormen zu gewinnen, um deren Willen der Civiljurist auch in Zukunft die Allgemeine Gerichtsordnung als Quelle des geltenden Civilrechts anzusehen haben wird. Nach dieser Richtung hin kann dem Buche nicht das Zeugniß gegeben werden, daß es volle Klarheit giebt oder auch nur, daß es als ein erhebliches Förderungsmittel anerkannt werden könnte.

Ist der Verfasser nach der Seite des Prozeßrechts zu schonend gegen das alte Gesetz vorgegangen, so scheint er mir eine Reihe materiell-rechtlicher Vorschriften — und darunter ziemlich erhebliche — zu Unrecht bei Seite gelassen zu haben. Schon im zweiten Titel werden die Vorschriften über

Erwerbung, Fortdauer und Verlust des Wohnsitzes nur unvollständig wiedergegeben; dieselben haben aber — abgesehen von der Ordnung des Gerichtsstandes — in mannigfacher Beziehung materiell-rechtliche Erheblichkeit. Eine Reihe von Formvorschriften der Gerichtsordnung und des Anhangs dazu: über die Vollziehung der Unterschrift (Anh. §§ 67 ff.), über die Umwandelung außergerichtlicher in gerichtliche Urkunden (§ 125 I. 10); über den Ersatz des Protokollführers durch Schöppen und Zeugen (§§ 51 ff. Tit. 25) haben für das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit dauernde Bedeutung. Alle diese Bestimmungen werden von dem Verfasser als antiquirt ausgelassen. Dasselbe gilt von der sehr wichtigen Vorschrift des Anh. § 302 zu § 60 I. 44 A.G.O., durch welche das Maß der von dem Vermiether zurückzubehaltenden Invecten des Miethers auf das, was zur Befriedigung erforderlich ist, beschränkt wird. Die Weglassung dieser Vorschrift ist um so auffälliger, als der Verfasser das Ministerialreskript vom 8. Februar 1839 über die Betheiligung der Polizei an der Feststellung dieses Maßes abdruckt, ein Reskript, das ohne die gesetzliche Grundlage des Anh. § 302 unverständlich und gegenstandslos ist. Auch die §§ 30, 32 Tit. 42 sind ausgelassen, in welchen die Grenzberichtigung auf Grund eines Judikats in einer nicht unter den Gesichtspunkt der Zwangsvollstreckung fallenden Weise geordnet ist. Alle diese Bestimmungen waren in einem 1876 den Appellationsgerichten zugegangenen Entwurf des spätern Ausführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung, der sich die Aufgabe gestellt hatte, zu fixiren, was von der Gerichtsordnung in Kraft bleibe, neben sehr wenigen anderen Bestimmungen als das materielle Residuum der Allg. Ger.-Ordn. hingestellt.

In diesem Entwurf fehlte eine materielle Bestimmung, die nach meinem Dafürhalten von nicht geringer Bedeutung ist. Auch Basch erwähnt dieselbe nur theilweise mit dem ausdrücklichen Hinzufügen, daß sie antiquirt sei. Ich meine die in § 4 und insbesondere in § 16 Tit. 28 anerkannte Zulässigkeit der Kündigungsklage mit dem Ziel der Erlangung eines nach Ablauf der Zeit vollstreckbaren Urtheils. Daß die von der Civilprozeßordnung (§§ 231, 253) anerkannte Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses diese Kündigungsklage nicht ersetzt, liegt auf der Hand. Aus der Feststellung des Rechtsverhältnisses ergiebt sich keine Zwangsvollstreckung; dieselbe könnte höchstens nach eingetretener Fälligkeit des aus dem Rechtsverhältniß erwachsenden Anspruchs die neue Klage erleichtern. Ob ein Anspruch schon vor der Fälligkeit klagbar und wieweit es also zulässig ist, durch Richterspruch eine Verurtheilung zu einer Leistung nach dem künftigen Eintritt eines Zeitmoments (C.P.O. § 672) oder nach dem Eintritt einer Thatsache (C.P.O. § 664) auszusprechen, ist vom materiellen Recht zu begrenzen. Es ist ein materieller Rechtssatz, daß statt der römisch-rechtlichen cautio de non amplius turbando eine Verurtheilung zur künftigen Enthaltung von Störungen bei Vermeidung richterlichen Zwangs stattfindet; es ist ein materieller Satz, daß als Schadensersatz unter Umständen die Zahlung einer Rente oder von Alimenten für die Zukunft eingeklagt und durch vollstreckbares Urtheil festgesetzt werden kann; materiell-rechtlich

ist die Zulassung anderer Alimentenklagen für die Zukunft, — als materiell-rechtliche Vorschrift ist es also auch anzusehen, daß bei einem nicht fälligen kündbaren Darlehn sofort auf Zahlung nach Ablauf der Kündigungsfrist geklagt werden kann; und diese materiell-rechtliche Vorschrift ist durch die Civilprozeßordnung nicht berührt. Es ist ebenso eine Frage des materiellen Rechts, ob die Bestimmung streng auf Kapitalsklagen zu beschränken ist, oder analoge Anwendung (z. B. als Miethskündigungsklage) erleidet. Als prozessualisch ist nur die mit der Zulassung der Kündigungsklage in Verbindung stehende Vorschrift des Anh. § 194 über die Kosten der Kündigungsklage beseitigt. Dieselbe hat aber in der Bestimmung des § 89 C.P.O. ausreichenden Ersatz gefunden.

Wie eine Erörterung dieser Frage und auch nur die Erwähnung der Vorschrift bei Basch vermißt wird, so hat er andere interessante und zweifelhafte Fragen — z. B. die fernere Bedeutung der §§ 7—15 Tit. 46 über das Erbtheilungsverfahren nur obenhin gestreift. Für unrichtig muß ich halten, wenn der Verfasser den nach § 33 Tit. 22 sich an den Offenbarungseid anschließenden Versprechungseid für aufgehoben erachtet, das ist nur für den Offenbarungseid der Zwangsvollstreckung richtig (C.P.O. § 711) für den Offenbarungseid des § 29 Nr. 1, 2, 3, 10, 11 Tit. 22 Th. I. A.G.O. ist er nicht beseitigt.

Das Buch hat hiernach seine Hauptaufgabe nicht gelöst. Trotzdem wird es — mit Vorsicht angewendet — als eine fleißige Zusammenstellung der die Gerichtsordnung berührenden Vorschriften nicht ohne Nutzen zur Hand genommen werden. E.

---

60.

**Das Ehescheidungsrecht kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit.** Von Wasserschleben. Zweiter Beitrag. Berlin. Carl Heymanns Verlag. 1880. 35 S. 8°.

Die Mittheilungen, welche der Verf. in seiner 1877 erschienenen Schrift: „Das Ehescheidungsrecht kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit“ über die Praxis der einzelnen deutschen Länder macht, ergänzt er gegenwärtig durch nachträgliche Mittheilungen über die beiden Mecklenburg, bezüglich deren früher seine Nachforschungen erfolglos geblieben waren. Sodann erklärt er sich gegen die Ausführungen des Ref. in der kritischen Vierteljahrschrift N.F. Bd. 1 S. 232 ff., welche abweichend von der Ansicht des Verf. das landesherrliche Scheidungsrecht als durch das Reichsehegesetz nicht beseitigt darlegen. Die weitere Aeußerung des Ref. (a. a. O. Bd. 2 S. 250 ff.) und die auf gleichem Standpunkte stehende, aber unabhängig von jenen Aeußerungen geschriebene Abhandlung Zimmermann's in Dove's Zeitschr. für Kirchenrecht (Bd. 14 S. 260 ff.) ist vom Verf. nicht berücksichtigt worden.

Aus den Mittheilungen über Mecklenburg ergiebt sich, daß dort, wie nicht anders zu erwarten war, das landesherrliche Scheidungsrecht im Wesentlichen ebenso wie in den andern deutschen Staaten, in welchen pro-

testantisches Eherecht gilt, bisher geübt worden ist. Ob der vom Verf. (S. 10) als nachweisbar erster angeführte Fall des Jahres 1774 hierher überhaupt gehört, ist, mindestens nach den Mittheilungen des Verf., nicht unzweifelhaft. Die fragliche Ehe ist „nach einmaliger peremtorischer Ediktalladung der Frau in puncto malitiosae desertionis durch das Land- und Hofgericht ex mandato Serenissimi proprio aus landesherrlicher Macht und Gewalt“ geschieden. Hier liegt also ein an sich zur gerichtlichen Scheidung im Prozeßwege geeigneter Desertionsfall vor; auch hat, wie die peremtorische Ladung ergiebt, ein prozessualisches Verfahren stattgefunden. Man ersieht nun nicht, ob der gerichtliche Ausspruch lediglich das ordnungsmäßige (in älterer Zeit üblicherweise ex mandato Serenissimi erfolgende) Gerichtserkenntniß oder ob er ein außerhalb des Prozesses und in Abweichung von dessen regulären Formen erlassenes, auf besonderer landesherrlicher Ermächtigung beruhendes Gerichtsdekret ist. Möglich, daß das Irreguläre in der „einmaligen“ (statt dreimaligen) Ladung liegt; immerhin hätte es einer näheren Darlegung bedurft, wie der Mecklenburgische Desertionsprozeß sich gestaltet hat. Nur dann ließe sich beurtheilen, ob der fragliche Fall in der That eine Scheidung kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit in ihrer hier maßgebenden Bedeutung ist. Daß aber in Mecklenburg schon vor 1774 landesherrliche Scheidungsreskripte vorgekommen (wenn auch nicht mehr nachweisbar) sind, dafür scheint doch die Entwickelung des landesherrlichen Scheidungsrechts in den andern deutschen Staaten sehr zu sprechen. In Hessen z. B. reicht dasselbe unzweifelhaft bis zum Jahre 1561 zurück (Büff, kurhess. Kirchenrecht S. 601). Ob gegenwärtig noch in Mecklenburg durch landesherrliches Reskript geschieden wird, erhellt aus des Verf. Angaben nicht mit genügender Bestimmtheit, wenngleich gerade dieser Punkt für die Frage nach der vermeintlichen reichsgesetzlichen Beseitigung des landesherrlichen Scheidungsrechtes von besonderer Bedeutung war. Der Verf. führt (S. 19) an, daß in Bezug auf eine 1875 — also vor Inkrafttreten des Reichsgesetzes vom 6. Febr. 1875 — landesherrlich geschiedene Ehe später (nach Inkrafttreten des Reichsgesetzes) reskribirt sei, das im Scheidungspatente enthaltene Verbot der Wiederverheirathung hindere nicht die Schließung einer neuen Ehe vor dem Standesbeamten; daraus ergebe sich, „daß die landesherrlichen Ehescheidungen in Mecklenburg seit Geltung des Reichsgesetzes wenigstens innerhalb der evang. Kirche Mecklenburgs noch volle Wirksamkeit behalten sollten“ (S. 19 a. E. 20). Nach Ansicht des Ref. ergiebt das mitgetheilte Reskript von 1876 weiter nichts, als daß die Meckl. Behörden — und zwar mit vollstem Rechte — das im Scheidungspatente vor dem 1. Jan. 1876 ausgesprochene Verbot der Wiederverheirathung als dem Reichsgesetze unbekannt und deshalb durch § 39 des Reichsgesetzes beseitigt anerkannten (vgl. Bd. 21 S. 330 dieser Zeitschr. und des Ref. Deutsches Eheschließungsrecht S. 19, 20 Note 2). Daß die reichsgesetzliche Aufhebung des Verbots der Wiederverheirathung nicht für das kirchliche Gebiet wirke, sagt das Meckl. Reskript keinenfalls ausdrücklich, dasselbe mag aber von diesem Standpunkte ausgehen, also

das landesherrliche Verbot der Wiederverheirathung als der Zulässigkeit kirchlicher Trauung auch ferner noch entgegenstehend betrachten. Daraus folgt aber für die Frage nach der Fortdauer des landesherrlichen Scheidungsrechtes absolut nichts. Auch wenn im Sinne der Meckl. Regierung das landesherrliche Scheidungsrecht mit dem 1. Januar 1876 abgeschafft wäre, würden und müßten die früher geschehenen Scheidungen als Scheidungen fortwirken. Gleichwohl scheint der Verf. jenem Reskripte eine besondere Bedeutung beizumessen. Keinenfalls aber belegt es den (S. 23 aufgestellten) Satz, die Großherz. Regierung vertrete nunmehr die — unseres Erachtens übrigens durchaus richtige — Auffassung, das landesherrliche Scheidungsrecht werde losgelöst von der oberbischöflichen Gewalt kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit ausgeübt, obwohl dasselbe — nach des Verf. Meinung — nicht mehr zulässig sei. Nur soviel ist anzunehmen: Hätte man sich in Mecklenburg prinzipiell für die reichsgesetzlich erfolgte Abschaffung des landesherrlichen Scheidungsrechtes ausgesprochen, so würde der Verf. davon Kenntniß erlangt und sicher Mittheilung gemacht haben. Da dies nicht geschehen, wird Mecklenburg wohl den Ländern zugezählt werden dürfen, in welchen das landesherrliche Scheidungsrecht nicht als beseitigt gilt. Im Uebrigen liest Ref. aus der mitgetheilten Mecklenburgischen Praxis heraus, daß in derselben allmählig immer mehr der Gedanke an die oberbischöfliche Gewalt zurück- und der Gedanke an die landesherrliche Gewalt hervortrat (zu vergl. bes. S. 14, 16, 23), daß also auch dort dieselbe Entwicklung des landesherrlichen Scheidungsrechtes sich vollzog, wie sie vom Ref. am oben angeführten Orte dargestellt ist. So wenig Ref. der Meinung gewesen, durch seine dortigen oder seine sonstigen Ausführungen den Verf. zu überzeugen oder, wie letzterer es aufzufassen scheint, ihn „zu belehren",[1] so wenig wird auch der letztere glauben, daß Ref. in Folge der gegenwärtig vorliegenden Replik des Verf. andern Sinnes geworden sei; Ref. kann nur wiederholen, daß er es für einen schwerverzeihlichen legislativen Fehler des Reichsgesetzes halten würde, wenn dasselbe das landesherrliche Scheidungsrecht einfach gestrichen hätte, ohne die gemeinrechtlichen Ehescheidungsgründe zu erweitern. Ein solches Verfahren ist bisher nirgends vorgekommen, wo das landesherrliche Scheidungsrecht bestand und später abgeschafft ist. Die Bezugnahme auf das Preußische Landrecht (S. 32) spricht nicht für, sondern gegen den Verf. Vor Emanation des Landrechts kannte man in Preußen das landesherrliche Scheidungsrecht wie im übrigen Deutschland. Das Landrecht bestimmte (Th. II. Tit. 1 § 668) nach dem Vorgange des Preuß. Eheedikts von 1782: „Eine an sich gültige Ehe kann durch richterlichen Ausspruch wieder getrennt werden". Darin liegt nach Intention des Landrechts die unbedingte Gesetzesvorschrift, daß Ehen nur gerichtlich trennbar

[1] Ein Mißverständniß seitens des Ref. liegt bei dem S. 28 der gegenwärtigen Schrift besprochenen Punkte nicht vor. Weil jüdische Ehen aus oberbischöflicher Gewalt nie geschieden werden können und nie geschieden sind, liegt in der Scheidung solcher Ehen durch den Landesherrn nicht ein „Verkennen der Bedeutung der oberbischöflichen Gewalt".

sind. Eine solche Vorschrift war legislativ-politisch für das Landrechtsgebiet möglich, weil das Landrecht gleichzeitig mit Abschaffung des landesherrlichen Scheidungsrechtes die Ehescheidungsgründe, überhaupt das ganze Eherecht kodifizirte. Wenn daher der Verf. (S. 3 seines ersten Beitrags) anführt, Kabinetsscheidungen seien im Landrechtsgebiet nicht mehr vorgekommen, „wohl deshalb, weil die Zulässigkeit der gerichtlichen Scheidung in einem Umfange erweitert worden, welcher ein Bedürfniß von Scheidungen kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit gar nicht hervortreten ließ", so ist diese Darstellung mindestens ungenau; denn sie läßt durchblicken, daß der Verf. nicht die rechtliche Möglichkeit landesherrlicher Scheidungen für das Landrechtsgebiet an sich, sondern nur das faktische Vorkommen derselben verneint. So liegt aber die Sache nicht; im Landrechtsgebiet ist die landesherrliche Scheidung gesetzlich unbedingt ausgeschlossen. (Siehe auch das in der früheren Schrift S. 3 vom Verf. mitgetheilte preuß. Min.-Reskript vom 7. Aug. 1862). Ganz analog ist das Verhältniß im Gebiete des französischen Rechts. Gerade diese Beispiele beweisen aber, daß eine Kodifikation des Scheidungsrechtes die richtige Stelle für Beseitigung der landesherrlichen Scheidung ist. Im Zusammenhalt mit solcher Kodifikation kann das landesherrliche Scheidungsrecht entbehrt werden, außerdem nicht. Nur dieses hat Ref. behauptet; das Preuß. Landrecht kann ihm also nicht zum Beweis der Entbehrlichkeit des landesherrlichen Scheidungsrechtes entgegengehalten werden. Uebrigens hat die eben mitgetheilte Stelle aus der früheren Schrift W.'s gegenüber seiner jetzigen Ausführung (S. 32) noch insofern Werth, als hier der Versuch, das landesherrliche Ehescheidungsrecht aus Bedürfnißgründen zu rechtfertigen, für verfehlt erklärt, dort aber das Hervortreten eines „Bedürfnisses" zu landesherrlichen Ehescheidungen als vor dem Erlasse des Landrechts bestanden und damit als in den gemeinrechtlichen protestantischen Ländern noch bestehend zugegeben wird. Die gegenwärtige Schrift W.'s läßt auch schärfer als die frühere erkennen, daß der Verf. nicht bloß behaupten will, das landesherrliche Scheidungsrecht sei durch § 76 des Reichsgesetzes aufgehoben, sondern schon vor dem Reichsgesetz seien alle Ehescheidungen kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit rechtlich unstatthaft gewesen (S. 32). Was mit einem solchen Ausspruche gewonnen sein soll, sei es für die Wissenschaft, sei es für die Praxis, gegenüber der mehrhundertjährigen thatsächlichen Ausübung des landesherrlichen Scheidungsrechtes, ist schwer einzusehen. Die rechtliche Existenz des landesherrlichen Scheidungsrechtes in den Staaten leugnen, in welchen seine Existenz durch die Praxis festgestellt ist, heißt ohngefähr dasselbe, als die Existenz jenes Rechtes da leugnen, wo es, wie z. B. in Schweden, durch die neuere Gesetzgebung festgestellt ist; denn Praxis und Gesetzgebung sind neben einander völlig gleichwerthige Rechtsquellen in Bezug auf die Schaffung des landesherrlichen Scheidungrechtes. Halten wir uns aber an die allein diskutable Frage, ob das — bis zum 1. Jan. 1876 in anerkannter Wirksamkeit bestandene — landesherrliche Scheidungsrecht durch das Reichsgesetz aufgehoben ist, so möchte Ref., welcher der Entstehung des Reichsgesetzes in allen ihren Phasen nahe gestanden hat, seiner Angabe, daß bei Entwer-

fung, Motivirung und Verhandlung des Reichsgesetzes kein Betheiligter auch nur den entferntesten Gedanken an die Aufhebung des landesherrlichen Scheidungsrechtes kundbar gemacht hätte, noch folgendes hinzufügen. Der § 76 des Reichsgesetzes ist herübergenommen aus § 1 der preußischen Verordnung vom 2. Januar 1849 über die Gerichtsorganisation. Nach Aufhebung der patrimonialen Gerichtsbarkeit und nach Feststellung des Satzes, daß fortan alle Gerichtsbarkeit nur durch staatliche Behörden ausgeübt werden solle, fährt der zitirte § 1 fort: „Einer gleichen Aufhebung unterliegt die geistliche Gerichtsbarkeit in allen weltlichen Angelegenheiten, namentlich auch in Prozessen über Trennung der Ehe. Alle solche Angelegenheiten gehören vor die ordentlichen Gerichte." Genau dieselbe Tendenz als dieser Paragraph für Preußen verfolgt § 76 des Reichsgesetzes für Deutschland; letzterer Paragraph ist nur kürzer gefaßt. Für Preußen wiederholte er, was die V.O. von 1849 besagte, erforderlich war seine Aufnahme ausschließlich für andere Landestheile, in denen noch eine geistliche Gerichtsbarkeit bestand. Nun konnte aber für Preußen der zitirte § 1 gar nicht den Sinn haben, daß dadurch das landesherrliche Scheidungsrecht beseitigt werde; denn für das Landrechtsgebiet, für welches doch hauptsächlich die V.O. von 1849 bestimmt war, existirte das landesherrliche Scheidungsrecht schon längst nicht mehr. Allerdings galt die V.O. auch für den Ostrhein und für Neuvorpommern als gemeinrechtliche Landestheile; daß sie für diese das landesherrliche Scheidungsrecht beseitigt hätte, ist bisher in Preußen unseres Wissens nach von Niemandem behauptet worden. Die bereits anscheinend seit 1825 nicht mehr stattgehabte Ausübung jenes Scheidungsrechtes in Bezug auf neuvorpommersche Ehen (vgl. S. 3 der früheren Schrift W.'s) hängt offenbar nicht mit der V.O. von 1849 zusammen. Wenn aber das Vorbild des reichsgesetzlichen § 76 nicht die Bedeutung hat, das landesherrliche Scheidungsrecht zu beseitigen, so liegt darin ein Argument, daß auch der mehrgedachte § 76 nicht die Beseitigung jenes Rechtes zum Zwecke hatte.[2])

Für seine gegentheilige Meinung hat W. nichts Neues beigebracht, aber auch die derselben obmovirten Einwendungen zum Theile unbeantwortet gelassen.

Obwohl Theorie und Praxis in zahlreichen Zeugnissen die Auflösung des Ehebandes durch den Landesherrn als Ausübung eines Dispensationsrechtes auf dem Wege des Erlasses einer lex specialis auffassen, obwohl diese Auffassung für das päpstliche Scheidungsrecht die kanonisch-technische ist (mag man sie eigentliche oder uneigentliche Dispensation nennen) und obwohl sie auch nachgewiesenermaßen auf andern Rechtsgebieten vorkommt, wo es sich um positive Eingriffe in bestehende Rechtsverhältnisse handelt, (s. S. 236 Bd. I. N. F. der kritischen Vierteljahrsschrift), bestreitet der

---

[2]) Auch der § 15 Abs. 3 des Reichsgerichtsverfassungsgesetzes, welcher die Bedeutung der Ausübung geistlicher Gerichtsbarkeit für weltliche Angelegenheit verneint, vom Verf. aber für seine Beweisführung nicht herangezogen ist, berührt das landesherrliche Scheidungsrecht nicht.

Verfasser, daß eine solche Auffassung zulässig war, und zwar lediglich aus dem von ihm ohne weitere Motivirung hingestellten Grunde: eine Dispensation könne begrifflich nur einen negativen, die Gesetzesanwendung in concreto ausschließenden Charakter haben. Theorie wie Praxis widersprechen dieser Begriffsbestimmung.

Wenn man davon redet, es trete Dispensation im Wege des Spezialgesetzes ein, so will das nur besagen, daß die Anwendung des allgemeinen Gesetzes im konkreten Falle durch Spezialgesetz ausgeschlossen werde. Jedes spezielle Gesetz, gleichviel, von wem es ausgeht, ob direkt vom Gesetzgeber selbst, oder von einer durch allgemeine Vollmacht des Gesetzgebers legitimirten Instanz, enthält in diesem Sinne eine Dispensation vom allgemeinen Gesetze. Die Richtung des Spezialgesetzes ist für den Begriff der Dispensation gleichgültig; auch ein Gesetz, das zu Gunsten einzelner Personen in positiv bestehende Verhältnisse eingreift, ist im Verhältniß zum allgemeinen Gesetz ein Dispensationsgesetz. Nach Ausbildung der konstitutionellen Staaten hat man sich daran gewöhnt, mit dem Begriffe der Dispensation vorzugsweise dann zu operiren, wenn es sich um einen die Anwendung allgemeiner Gesetzesnormen ausschließenden Akt handelt, welcher nicht vom Gesetzgeber direkt, sondern von einer gesetzlich bevollmächtigten Instanz ausgeht. Daß aber auch die vom Gesetzgeber selbst erlassenen Spezialgesetze als Dispensationen erscheinen, folgt aus dem Sprachgebrauche, welcher vor Bildung konstitutioneller Staaten die vom Landesherrn als damaligen vollen Inhaber der Gesetzgebungsgewalt ausgehenden Befreiungen des Einzelnen von Anwendung der allgemeinen Rechtsnormen „Dispensationen" nannte, ebenso wie auf kirchlichem Gebiete die analogen Akte des in seiner Gewalt unbeschränkten Papstes. Regelmäßig pflegt in konstitutionellen Staaten die Gesetzgebung nur in Bewegung gesetzt zu werden, um für ganze Kategorien von Fällen eine Norm zu geben. Aber an sich steht nichts entgegen, auch für den Einzelfall durch Gesetz Entscheidung zu treffen. Ganz abgesehen vom landesherrlichen Scheidungsrechte könnte also in konstitutionellen Staaten unter Mitwirkung der Volksvertretung durch lex specialis eine einzelne Ehe für aufgelöst, ebenso könnte eine ungültige Ehe für gültig erklärt werden. Das mag praktisch nicht leicht vorkommen, rechtlich möglich — wenn auch legislativ-politisch nicht empfehlenswerth — wäre es zweifellos. Wenn z. B. durch das preußische Gesetz vom 3. April 1871 die Ehen, welche von Militärpersonen während des französischen Krieges ohne vorherige Königliche Genehmigung abgeschlossen sind, bei nachträglich erfolgender Genehmigung, oder wenn durch preußisches Edikt vom 27. Febr. 1816 die Ehen, welche in den unter der Fremdherrschaft gestandenen Provinzen kirchlich unter Hintansetzung der Vorschriften des Code geschlossen sind, als von Anfang an gültig erklärt werden, so ist darin ein Spezialgesetz enthalten, welches in Ausnahme oder, wenn man will, in Dispensation von dem allgemeinen Gesetz, daß die Ehe von Militärpersonen zu ihrer Gültigkeit der vorherigen Königlichen Genehmigung bedarf oder daß — im Gebiete des französischen Rechtes — die Gültigkeit einer Ehe von der bürgerlichen Eheschließung bedingt ist, konkrete Nicht-Ehen für Ehen erklärt. Ebenso könnte aber auch

für eine einzelne Ehe der Erlaß eines Spezialgesetzes in Frage kommen. Man unterstelle nur den sehr naheliegenden Fall, daß eine Ehe vor einem Nichtstandesbeamten geschlossen und nach Geburt eines Kindes durch den Tod des Vaters gelöst wird. Um das Kind zu einem ehelichen zu machen, bedarf es eines Spezialgesetzes, zu dessen Erlaß unter Umständen ausreichende Veranlassung vorliegen kann, z. B. wenn es auf einem Verschulden der Behörden beruht, daß die Eheschließenden den Nichtstandesbeamten für den zuständigen Standesbeamten gehalten haben, und wenn dem Kinde die Rechte der ehelichen Geburt mit Erfolg bestritten sind. Von einem derartigen Spezialgesetz ist das eine Ehescheidung aussprechende landesherrliche Spezialgesetz nur formell, nicht materiell verschieden. Wäre im Reichsehegesetz dem Landesherrn das Recht vorbehalten, Nichtehen der eben berührten Art für Ehen erklären zu können, so läge in solcher Erklärung ein im Dispensationswege erlassenes Spezialgesetz des Landesherrn. Analog verhält es sich mit den landesherrlichen Scheidungen in den Ländern des gemeinen protestantischen Eherechts. Quelle dieses Eherechts ist die Praxis, die Rechtsübung. Diese Rechtsübung hat die allgemeine Norm, das allgemeine Gesetz geschaffen: „Ehen werden gerichtlich wegen Ehebruchs und böslicher Verlassung geschieden, außerdem bleibt dem Landesherrn vorbehalten, bei Nichtvorhandensein solcher Gründe, gnadenweise zu scheiden;" der landesherrliche Scheidungsakt ist dann das im Dispensationswege erlassene Spezialgesetz, welches die konkrete Ehe auflöst; die Legitimation hierzu ist dem Landesherrn von der allgemeinen Rechtsnorm gewährt. So sind sämmtliche dem Landesherrn oder irgend welcher Behörde vorbehaltene Dispensationen aufzufassen. Die Dispensation vom Ehehinderniß des Ehebruchs ist das Spezialgesetz, welches ausspricht, der Ehebruch des A. mit der B. ist für diese Personen kein Ehehinderniß, obwohl das allgemeine Gesetz ihn für ein Ehehinderniß erklärt. Die Dispensation von der Wartezeit ist das Spezialgesetz, daß der B. vor Ablauf von 10 Monaten die Schließung einer neuen Ehe erlaubt sei, obwohl das allgemeine Gesetz ihr die Eheschließung verbietet u. s. w. So ist die landesherrliche Ehescheidung ein vom allgemeinen Gesetz dem Landesherrn gestattetes Spezialgesetz, durch welches die zufolge jenes Gesetzes zwischen A. und B. rechtlich bestehende Ehe für eine rechtlich nicht mehr bestehende erklärt wird. Keineswegs „würde sich ein solches Spezialgesetz zusammensetzen aus der Bestimmung, wonach eine Ehe noch in andern als den gesetzlichen Fällen könne gelöst werden und aus dem Auflösungsdekrete" (S. 30). Niemals enthält das landesherrliche Dekret den erstern Ausspruch; das würde keine lex specialis, sondern eine in solcher Form offenbar unverbindliche lex generalis sein. In der Verkennung dieser Natur der Dispensation und des Spezialgesetzes, sowie in der Unterschätzung der Rechtsübung als Rechtsquelle namentlich für die gemeinrechtlichen Gebiete erblickt Ref. den Hauptgrund, weshalb der Weg, welchen der Verf. eingeschlagen hat, nicht der richtige ist. Wenn aber von anderer Seite (Seel, Blätter für Rechtsanwendung N. F. Bd. 22 S. 150) geltend gemacht wird, unter dem Gesichtspunkt staatlicher Dispensation könne das landesherrliche Scheidungsrecht nicht mehr geübt werden,

weil das Reichsgericht alle Fälle staatlicher Dispensation exklusiv ordne, so liegt dem ein offenbares Mißverständniß zum Grunde. Das Reichsgesetz regelt allerdings exklusiv das Eheschließungsrecht und damit die Fälle der Zulässigkeit einer Dispensation von Ehehindernissen, es läßt aber völlig unberührt das Ehescheidungsrecht und damit die Fälle der Zulässigkeit einer Dispensation auf diesem Gebiete. Die landesherrliche Ehescheidung ist keine Dispensation von einem bestehenden Ehehindernisse; sie besagt nicht, A. dürfe eine neue Ehe schließen, obwohl seine frühere Ehe nicht aufgelöst sei, sie dispensirt also nicht etwa vom Verbote des § 34 des Reichsgesetzes, sondern sie besagt: die Ehe des A. ist aufgelöst; sie dispensirt vom Ehebande,[3]) nicht vom Ehehindernisse des Ehebandes. Eine derartige Dispensation fällt daher nicht unter die vom Reichsgesetz geregelten Dispensationsfälle.

Obwohl die Vorgeschichte des Reichsgesetzes und dieses selbst nirgends die Absicht erkennen läßt, das landesherrliche Scheidungsrecht aufzuheben und obwohl ausweislich der unter Billigung der obersten Reichsbehörde ergangenen Ausführungsverordnungen und Ausführungsgesetze, sowie ausweislich der seit dem 1. Januar 1876 innegehaltenen Praxis in sämmtlichen Deutschen Staaten, welche bis zum 1. Januar 1876 das landesherrliche Scheidungsrecht noch kannten, nach wie vor die Scheidung durch Reskript geübt wird, verlangt der Verf. nach wie vor, daß jenes Recht jedenfalls als durch das Reichsgesetz beseitigt angesehen werden müsse.

Ein solches Verlangen kann nach dem mitgetheilten Stande der Dinge schwerlich einen andern als theoretischen Werth haben; die Praxis ist über die angeregte Streitfrage bereits zur Tagesordnung übergegangen. Freilich glaubt der Verf. wenigstens eine Stütze seiner Auffassung darin zu finden, daß im Großherzogthum Hessen — dessen Oberappellationsgericht sich übrigens für den Fortbestand des landesherrlichen Scheidungsrechts ausgesprochen hat — angeblich bei den auf Grund des Reichsgesetzes geschlossenen Ehen landesherrliche Scheidungen nicht mehr stattfinden sollen. Mag diese eigenthümliche Verschiedenheit der Behandlung der vor und der nach dem 1. Jan. 1876 geschlossenen Ehen beruhen, worauf sie will, jedenfalls kann sie nicht zum Belege des Satzes herangezogen werden, daß die hessische Regierung anerkenne, das landesherrliche Scheidungsrecht sei durch das Reichsgesetz aufgehoben; denn wäre das richtig, dann dürfte es so wenig für ältere als für neuere Ehen ausgeübt werden. Der Umstand, daß der Landesherr in Hessen überhaupt noch Ehen scheidet, gleichviel welche, beweist, daß nach Auffassung der hessischen Regierung das landesherrliche Scheidungsrecht reichsgesetzlich nicht beseitigt ist. Eine einzige nach dem 1. Januar 1876 landesherrlich geschiedene und von den maßgebenden Behörden, namentlich von den Gerichten als geschieden anerkannte Ehe liefert schon den Gegenbeweis gegen die Lehre des Verf. Für dieselbe würde allein sprechen, wenn eine nach landesherrlicher Scheidung geschlossene zweite Ehe als nichtig angefochten und reichsgerichtlich für nichtig oder wenn eine landesherrlich geschie-

[3]) S. den Schluß dieses Aufsatzes.

dene Ehe reichsgerichtlich für noch fortbestehend erklärt würde. Ob solches geschieht, bleibt abzuwarten. Vorläufig wird die Praxis an ihrem bisherigen Standpunkte festzuhalten haben, zumal auch theoretisch der gegnerische Standpunkt, mag er außer vom Verf. noch von namhaften andern Rechtslehrern vertreten werden, jedenfalls schwerwiegenden Bedenken begegnet. Bei aller Hochschätzung vor den Vertretern dieses Standpunktes kann Ref. darin nur eine Verkennung einestheils der historischen Rechtsentwicklung des landesherrlichen Scheidungsrechts überhaupt, anderntheils der wahren Bedeutung des mehrerwähnten § 76 des Reichsgesetzes erblicken. Das schließt nicht aus, daß, wenn es sich um künftige Beseitigung des landesherrlichen Scheidungsrechtes handelt, Ref. — nichts weniger als ein Verehrer jenes Rechtes — den Zielen des Verf. zustimmt. Vorerst ist dasselbe da, wo es besteht, noch unentbehrlich. Nur wer der Praxis überhaupt fernsteht und namentlich der Praxis in Ländern, in denen z. B. das landesherrliche Scheidungsrecht einziges Mittel ist, bei unheilbarer Geisteskrankheit eine Auflösung der Ehe zu ermöglichen, kann der Ansicht das Wort reden, dasselbe lasse sich ohne sonstige legislative Maßnahmen einfach streichen. „Gerade bei diesem Scheidungsgrunde" — so sagen bereits die Motive des preußischen Ehescheidungsgesetzentwurfes von 1854 (Nr. 29 der Vorlagen der ersten Kammer S. 16) — „hat die Praxis des gemeinen Rechts am häufigsten von der Strenge seines Prinzips nachgelassen und durch das Auskunftsmittel der separatio per rescriptum principis zu helfen gesucht, wie z. B. die Akten ergeben, daß in wiederholten Fällen, wenn die Ehescheidungsklage auf den Wahnsinn des einen Theils gestellt war, und der Kläger, weil das gemeine Recht diesen Ehescheidungsgrund nicht anerkennt, durch gerichtliches Erkenntniß abgewiesen werden mußte, der Gerichtshof selbst in seinem abweisenden Urtheil dem klagenden Theil anheimstellte „„unmittelbar bei Sr. Majestät eine Dispensation in Ansehung des Ehebandes nachzusuchen.""

Berlin, April 1880. A. Stölzel.

---

## 61.

**Das Recht der Aktien-Gesellschaften.** Kritik und Reformvorschläge von Hermann Löwenfeld, Königlich Preußischem Gerichts-Assessor a. D. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin) 1879.

Zu den stereotypen Klagen über die Mängel unseres öffentlichen Lebens gehört, wie jedem Rechtskundigen bekannt ist, in erster Linie auch die, über die allzugroße Fruchtbarkeit unserer Gesetzgebung. Diesen Klagen gegenüber — und in ihnen begegnen sich fast alle politischen Parteien mit wunderbarer Einstimmigkeit — nimmt es sich gar seltsam aus, wenn damit gleichzeitig der ungestüme Ruf nach gesetzgeberischen Neuschöpfungen auf einem Gebiete verbunden wird, welches, kurz bevor die ersten Nothschreie sich vernehmen ließen, von der Pflugschaar des Gesetzgebers eben erst ist beackert worden. Die „Reform der Aktiengesetzgebung" bildet seit nunmehr acht Jahren eine beständige Position in den Programmen fast aller politischen und sozialen Parteien in Deutschland. In demselben Umfange, in welchem

die wirthschaftlichen Verheerungen des jüngsten Jahrzehnts mit dem Begriffe der Aktiengesellschaft verknüpft waren, gewannen die auf angebliche Verhütung ihrer Wiederkehr gerichteten Bestrebungen an Popularität. Mit dieser Thatsache steht denn auch die verhältnißmäßig reichhaltige Literatur im Zusammenhange, welche namentlich bei dem Beginn jener Bewegung sich der Frage der Aktienreform bemächtigt hatte. Hierin liegt aber auch vielleicht die beste Erklärung dafür, warum unter der Menge zum Theil recht schätzenswerther Beiträge zur genauern Kenntniß dieser überaus schwierigen Materie nur Weniges zu verzeichnen ist, was auf dauernden Werth Anspruch machen könnte. Angesichts der zunächst in die Augen springenden Mängel, mit welchen namentlich die „Gründung“ der Aktiengesellschaft behaftet ist, war es eine Zeitlang Mode, die gesammte Aktienreform lediglich unter diesem einseitigen Gesichtspunkte zu behandeln. Seitdem hat es aber auch an mannigfachen Gelegenheiten nicht gefehlt, die Aktiengesellschaft in ihren verschiedenen Lebensfunktionen zu beobachten, diese Funktionen auf ihren juristischen Gehalt hin zu untersuchen und so, an der Hand einzelner Ergebnisse, die gesammte Lehre von der Aktiengesellschaft einer erneuten Prüfung zu unterziehen. Besondere Verdienste hat sich nach dieser Richtung die Judikatur des ehemaligen Reichs-Oberhandelsgerichts erworben, während die wissenschaftliche Untersuchung über die Erörterung der sogenannten „Reformfragen“ nicht hinausgekommen ist.

Unter den literarischen Arbeiten der letzteren Kategorie nimmt nun das vorstehend genannte Buch Hermann Löwenfelds ganz gewiß eine hervorragende Stellung ein. Mit einer seltenen Kenntniß des Materials nach der juristischen, volkswirthschaftlichen und kaufmännisch-technischen Seite hin verbindet der Verfasser eine bei juristischen Schriftstellern nicht allzuhäufige Darstellungsgabe. Die umfangreiche, fast alle Detailfragen, soweit sie während der letztverflossenen 7 Jahre auf dem Gebiete des Aktienrechts aufgetaucht sind, erschöpfend behandelnde Schrift, erfreut sich einer Klarheit und Schärfe des Ausdrucks, welche durch die Lebendigkeit, ja stellenweise sogar durch den Schwung der Darstellung sich zu einer auch in stylistischer Beziehung nicht zu unterschätzenden Bereicherung unserer neueren handelsrechtlichen Literatur gestaltet.

Löwenfeld ist — wie schon der Titel seines Buches andeutet — kein freihändlerischer Quietist, welcher die Heilung der Uebelstände unseres Aktienwesens der medicatrix vis temporis allein überlassen möchte. Er verlangt positives Eingreifen der Gesetzgebung; er legt den Finger auf die Wunde und schlägt auch die ihm geeignet scheinenden Heilmittel vor. In seiner Kritik des Gesetzes vom 11. Juni 1870 ist er maßvoll. Weit entfernt, dem Gesetzgeber die ganze Verantwortung für das nach der Emanation dieses Gesetzes entstandene Unheil aufzubürden, erblickt er in einer Anzahl der darin enthaltenen Bestimmungen die wesentlichen Triebfedern jener verhängnißvollen Bewegung, deren Schauplatz Deutschland in den siebziger Jahren geworden ist. In der Einleitung (S. 1—24) giebt er eine summarische Kritik der Aktiennovelle, als deren wesentlichstes

Moment er die Aufhebung der Konzessionspflichtigkeit und den dadurch — unter den damaligen Verhältnissen — hervorgerufenen Anreiz zur leichtfertigen Massenproduktion auf dem Gebiete der Aktiengesellschaften mit Recht hervorhebt. Dennoch ist er kein Freund der Staatskonzession und verlangt nicht die Rückkehr zu diesem, das Gemeinwesen mit einer seiner Natur und seinen Aufgaben nicht entsprechenden Verantwortung belastenden Systeme. Er will — dies geht aus seinen, auf die „Gründung der Aktiengesellschaft" bezüglichen Vorschlägen (S. 162 ff.) hervor — durch eine Fülle polizeilicher Kautelen die frivole Massenproduktion hindern und erschweren und die Verantwortung der Gründer steigern, indem er zum Schutze des Publikums eine ausgedehnte Publizität für die Gründungsvorgänge beansprucht. Der Verfasser steht, was diesen Punkt anbetrifft, trotz seiner Polemik gegen die bekannten Wiener-Behrend'schen Reformvorschläge, insbesondere, was den „obligatorischen Prospekt" anlangt, im Wesentlichen doch auf dem Boden derselben, wenn er auch seinen Zweck auf einem anderen Wege zu erreichen sucht. Den Schwerpunkt seiner auf die „Gründung" bezüglichen Reformvorschläge verlegt er in die Vorschriften über die Aports, welche die sogenannte „qualifizirte Gründung" (S. 125—157) — im Gegensatz zur „Gründung der reinen Geldgesellschaft" — betreffen. Bestimmungen solchen Inhalts will er an Stelle des Art. 209b der A.D.H.G.B. gesetzt wissen und formulirt dieselben folgendermaßen:

1) Wenn ein Aktionär durch seine Zeichnung nicht baares Geld, sondern die Einlegung einer Sache versprechen soll, oder wenn Anlagen oder sonstige Vermögensstücke eines Dritten gegen Zahlung eines bestimmten Preises in das Vermögen der zu errichtenden Aktiengesellschaft übergehen sollen, so ist in dem Statut unter Namhaftmachung des Inferenten anzugeben, welche Anzahl von Aktien gegen die Einlage des Aktionärs hergegeben wird, oder zu welchem Preise die von Dritten zu übernehmenden Anlagen oder Vermögensstücke erworben werden sollen. Der Uebereigner der letzteren ist ebenfalls namhaft zu machen.

   Auch jeder sonst zu Gunsten eines Aktionärs oder einer andern Person bedungene besondere Vortheil ist im Statut auszusprechen.

2) Gehören zu den Einlagen oder den zu übernehmenden Anlagen Immobilien oder Bergwerke, so ist im Statut zu bemerken, bei welchem Grundbuchamt und auf welchem Blatte des Grundbuches sie eingetragen sind. Es ist ferner darin anzugeben, ob und welche Lasten nach Inhalt der zweiten Rubrik auf ihnen ruhen, welche Hypotheken oder Grundschulden nach Inhalt der dritten Rubrik auf ihnen haften, und wann resp. nach Verlauf welcher Kündigungsfrist die Rückzahlung der letzteren vertragsmäßig zu erfolgen habe.

3) Die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister hat ohne Weiteres zu geschehen; gleichzeitig mit der sie anordnenden Verfügung hat aber der Handelsrichter eine Mehrzahl von Sachverständigen zu beauftragen, unter Einnahme des Augenscheins eine Prüfung der Einlagen oder Anlagen ꝛc. vorzunehmen. Dieselbe hat sich auf eine Ermittelung der Lage und des räumlichen Umfanges zugehöriger Grundstücke,

der Bauart und Größe darauf errichteter Gebäulichkeiten, dazu gehöriger Maschinen und Utensilien, der ungefähren Qualität und Quantität fertiger und halbfertiger Fabrikate und Rohmaterialien zu beziehen. Sie muß sich ferner auf eine Untersuchung darüber erstrecken, welcher Fabrikations- oder Geschäftszweig in den vorhandenen Realitäten oder vermittelst derselben, und in welchem Umfange er betrieben werde, wozu diese Anlagen etwa sonst noch dienen, welche Leistungsfähigkeit sie für darin betriebene oder zu betreibende Fabrikationszweige haben, und was sich über die thatsächliche Produktion der vorangegangenen Jahre habe ermitteln lassen; endlich, ob besondere Gerechtigkeiten, Privilegien, Patente oder Marken vorhanden, und welche besondere Vortheile durch dieselben gewährt seien.

Die Sachverständigen sind, ehe sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe schreiten, als solche zu vereiden.

Sie haben über ihren Befund dem Handelsrichter einen Bericht unter ihrer Unterschrift zu erstatten und denselben auf den von ihnen geleisteten Sachverständigeneid als richtig zu versichern; der Handelsrichter hat den zweimaligen Abdruck dieses Berichtes mit einem Intervall von mindestens 3 Tagen in den Gesellschaftsblättern anzuordnen.

Die Zeichner müssen gleichzeitig mit ihrem Antrage auch Eintragung in das Handelsregister einen angemessenen Vorschuß für die Kosten der Sachverständigen-Prüfung und der Publikation derselben in den Gesellschaftsblättern erlegen.

Die Bestellung und Vereidigung der Sachverständigen, sowie die Vornahme der Prüfung und die Erstattung und Publikation des Berichts hat mit thunlichster Schleunigkeit zu erfolgen.

Man sieht — der Vorschlag sub 3 enthält u. A. eine nicht unbeträchtliche Konzession an das Staatsaufsichtsrecht. Anstatt des Verwaltungsbeamten, welcher nach früherem Recht die Bedürfnißfrage behufs Ertheilung der Genehmigung zu prüfen hatte, soll zwar das Publikum als Hüter seiner eigenen Interessen treten, aber — wohlverstanden — das zur Prüfung erforderliche Material soll ihm durch den Richter herbeigeschafft werden; und zwar soll der Registerrichter neben seiner im Wesentlichen beurkundenden Thätigkeit noch die in seinen Geschäftskreis absolut nicht hineinpassende Sorge dafür übernehmen, daß die etwaigen künftigen Aktienkäufer in der Lage seien, die Güte des Unternehmens zu prüfen. Gegen diesen Vorschlag läßt sich ohne Weiteres einwenden, daß es dabei doch auf die richtige Wahl des Sachverständigen ankommt, wofür die Vorschläge der Handelskammern u. E. keine genügende Bürgschaft gewähren. Die Verantwortung hierfür aber dem Richter aufbürden, das heißt: den Staat mit einer Verantwortung belasten, welche schwerer wiegt, als diejenige, gegen welche Löwenfeld im Einverständniß mit fast allen Schriftstellern, die sich in jüngster Zeit mit der Reform der Aktiengesetzgebung beschäftigt haben, bezüglich der Staatskonzession mit Recht eifert.

Löwenfeld empfindet übrigens das Unbefriedigende dieses Vorschlages selbst, indem er auf Seite 166 anerkennt, daß, um die projektirten Maß-

regeln anwendbar zu machen, es noch einer Ergänzung bedürfe, damit die Veräußerung der Aktien vor dem Berichte der Sachverständigen verhindert werde. „Das schneidigste Mittel“ zu diesem Zwecke erblickt er in einem Verbot der Veräußerlichkeit von Aktien solcher Art vor dem Erscheinen jenes Berichts. Ein solches Verbot würde indessen, nach der Ansicht des Verfassers, eine übertriebene Strenge enthalten, weil schon die Satzungen des gemeinen Rechts über die sogenannten „aleatorischen Verträge“ ein genügendes Hülfsmittel darböten. Insbesondere sei dies in dem preußischen Rechte (A.L.R. I. 11 §§ 539 ff.) der Fall, wo selbst bei sogenannten „gewagten Geschäften“ jeder Theil zur „besonderen Offenheit und Treue“ verpflichtet sei. Wir meinen aber, daß diese Bestimmungen nicht bloß die Loewenfeld'schen Vorschläge ergänzen, sondern sie sogar überflüssig machen. Jene Verpflichtung zur besonderen Treue würde auch, abgesehen von der Publikation des rc. „Sachverständigenberichts“, bestehen und durch die Publikation desselben nicht in Wegfall kommen. Der praktische Nutzen dieses Vorschlags will uns nicht recht einleuchten. Wir meinen, daß der Verfasser hiebei in seinen prophylaktischen Bestrebungen zu weit gegangen ist.

Mit besonderer Sachkenntniß wird die Gründung, das wichtigste und verhängnißvollste Stadium in der Entwickelung der Aktiengesellschaft, behandelt. Der Verfasser will hier der individuellen Beschaffenheit der Unternehmungsgegenstände im weitesten Umfange Rechnung tragen. In diesem Punkte stimmt derselbe prinzipiell mit den von Adolf Wagner auf dem eisenacher Kongresse des Vereins für Sozialpolitik im Jahre 1875 gemachten Vorschlägen überein. Uns scheint an diesen Ausführungen hauptsächlich die scharfe Kritik von Werth zu sein, welche der Verfasser an der in der bisherigen Gesetzgebung zum Ausdruck gelangten Ueberschätzung der Aktienform für alle kaufmännischen und industriellen Unternehmungen übt, und hierin kann ihm nur auf das Entschiedenste zugestimmt werden. Von großem Interesse ist ferner, was der Verfasser an verschiedenen Stellen über die „Nominalbeträge“ der Aktien und die damit verknüpfte Unklarheit hinsichtlich des Gegenstandes der Aktionärrechte ausführt. Diese Gedanken sind im Wesentlichen neu und verdienen wegen der Schärfe, mit der sie ausgeführt sind, besondere Beachtung.

Was die Zeitdauer der Aktiengesellschaft (S. 200—210) anbetrifft, so schließt er sich den diesbezüglichen Bestimmungen des belgischen Gesetzes an, wonach dieselbe von Hause aus eine fixirte sein soll. In den folgenden Abschnitten wird die Stellung des Handelsrichters, die Organisation der Aktiengesellschaft (Vorstand, Aufsichtsrath, Generalversammlung), die Rechenschaftsabnahme, die Bilanzvorschriften, die Veränderung des Gesellschaftsstatuts, die Auflösung und Liquidation nach den verschiedensten Richtungen kritisch beleuchtet, wobei namentlich die Ausführungen auf Seite 226—258 und die Reformvorschläge auf Seite 271 besondere Beachtung verdienen.

Es würde uns zu weit führen, wollten wir den Inhalt dieses reichhaltigen Buches auch nur annähernd wiedergeben. In Betreff der Einzelheiten müssen wir die Leser schon auf die Lektüre des Buches selbst verweisen. Nur über den wissenschaftlichen Standpunkt des Verfassers in

der vorliegenden Frage seien dem Referenten noch einige kurze Bemerkungen gestattet.

Bei aller Anerkennung, welche wir dem Verfasser für die gründliche und gewissenhafte Durcharbeitung des Stoffes zu Theil werden lassen, vermissen wir dennoch in der Löwenfeld'schen Arbeit gerade dasjenige, was uns als der Kern der Aktienreformfrage von jeher erschienen ist: die dogmatische Feststellung des Aktienbegriffs, oder, um es mit einem dem Praktiker besonders odiösen Ausdruck zu bezeichnen, eine Konstruktion des das gesammte Aktienrecht beherrschenden Grundbegriffs. Löwenfeld steht wie seine Vorgänger auf dem Boden der Praxis, und dieser Umstand verleiht seinem Buche gerade einen besonderen Reiz und Werth. Seine Kritik ist daher da, wo es sich um die Darlegung der Mängel des Gesetzes handelt, meist überzeugend. Mit vollem Recht erblickt er in den Nominalbeträgen der Aktien die Quelle einer Menge von Täuschungen über den Werth derselben, in dem Zwang zur jährlichen Vertheilung der Dividende einen der Krebsschäden des gegenwärtigen Aktienwesens. Auch seine Kritik der Organisation ist zutreffend, auf reichster Erfahrung beruhend und aus der Fülle einer tiefen Sachkenntniß hervorgehend. Deshalb sind auch die dagegen vorgeschlagenen specifica meist, wenn auch nicht immer, wirksam, konsequent gedacht und auch wahrscheinlich praktisch verwerthbar. Allein Alles in Allem laufen doch seine Reformvorschläge bei ihrem vorwiegend polizeilichen Karakter auf einen, wenn auch noch so wohl vorbereiteten, Wettlauf mit dem Scharfsinn des Eigennutzes hinaus. Fast überall tritt das Gespenst der Vergangenheit warnend vor ihm auf, indem es ihn mahnt, die Wiederkehr des Gründungs- und Entgründungstaumels zu verhüten. Den polizeilichen Bestimmungen, soweit sie prohibitiver Natur sind, soll nun so wenig als den repressiven (strafrechtlichen) ihr Werth abgesprochen werden. Nur muß man sich hüten, die Frage damit für erschöpft zu erachten. Die Aufgabe der Gesetzgebung ist u. E. hier eine weit schwierigere, und deshalb kann der von dem Verfasser auf Seite 18 ff. dargelegten Ansicht, daß ein sogenanntes „Nothgesetz," wie es offenbar von den Verfassern der preußischen Denkschrift (Berlin, Decker 1877) intendirt worden ist, gewiß dem Wesen der Sache am allerwenigsten entsprochen haben würde, nur vollständig beigestimmt werden. Allein auch ein noch so umfassendes Aktien-Polizei-Gesetz würde sich doch nur quantitativ von einem derartigen Nothgesetz unterscheiden, da es im Wesentlichen doch nur auf den vorerwähnten Wettlauf des gesetzgeberischen Scharfsinnes mit dem Scharfsinne des Eigennutzes hinauskäme. Ohne indeß alles dasjenige zu unterschätzen, was Löwenfeld, zum Theil im Einverständniß mit älteren Schriftstellern, zum andern Theil in origineller Behandlung des Stoffs zu Tage gefördert hat, so glauben wir doch, daß derselbe die wesentlichste Aufgabe der Wissenschaft, den Aktienbegriff in einer für die Gesetzgebung brauchbaren Gestalt aus seiner geschichtlichen Umhüllung herauszuschälen, unerledigt gelassen hat. Zu diesem Zwecke bedarf es, wie wir annehmen, des entgegengesetzten Weges von demjenigen, welcher bisher ist eingeschlagen worden.

Während sämmtliche Rechtslehrer von der sogenannten Aktiengesell-

schaft als einem fertigen modernen Rechtsbegriff ausgehen, dessen Subsumtion unter den einen oder anderen römisch- oder deutsch-rechtlichen Gesichtspunkt ihnen einzig und allein Schwierigkeiten bereitet — Schwierigkeiten, über welche sie sich schließlich mit einem kühnen Non-liquet ruhig hinwegsetzen — scheint uns in der Frage nach der rechtlichen Qualifikation der „Aktie," als des Urelements in jenem von einem einheitlichen Grundgedanken aus gar nicht zu erklärenden Gebilde, welches wir mit dem Namen „Aktiengesellschaft" bezeichnen, der Kernpunkt der Sache zu liegen. Und hierin, meinen wir, müßte die geschichtliche Untersuchung den dogmatischen Bestrebungen hilfreich zur Seite stehen. Die Aktiengesellschaft ist das Ergebniß eines geschichtlichen Prozesses, in welchem der darin enthaltene treibende wirthschaftliche Gedanke des „beschränkten Risikos" von einer Fülle zufälliger und seinem innersten, juristischen Wesen fremder Elemente bereits bis zur Unkenntlichkeit verschleiert erscheint. Die dogmatische Betrachtung hat aber, wie gesagt, von jeher in der Lehre von der Aktiengesellschaft an das fertige Gebilde angeknüpft, wie es uns als Ergebniß einer Jahrhunderte alten Entwicklung entgegentritt. Wir haben uns deshalb gewöhnt, den Gesellschafts-Begriff als den das Ganze beherrschenden zu betrachten und das, was uns an der Aktiengesellschaft auffallend und dem juristischen Denken Schwierigkeiten bereitend vorkommt, der Eigenthümlichkeit eben dieses Gesellschaftsbegriffes zuzuschieben. Die moderne Gesetzgebung ist sogar — und die französische des code de commerce voran — soweit gegangen, in dem „beschränkten Risiko" nicht einen das fragliche Institut eigenthümlich färbenden wirthschaftlichen, sondern einen spezifischen Rechtsgedanken zu statuiren. Dadurch, insbesondere aber unter der Herrschaft der Vorstellung von einer thatsächlich vorhandenen Interessengemeinschaft, hat man sich von dem Bann des Sozietätsgedankens nicht befreien können, und auf diesem Boden ist jener Pseudoparlamentarismus (die „Organisation" der A.G.) erwachsen, welcher das gesammte Institut als eine Bastardbildung des privatrechtlichen Sozietäts- und des öffentlich-rechtlichen Körperschaftsbegriffes erscheinen läßt. Von diesem trügerischen Apparat muß unser juristisches Denken zunächst befreit werden. „Unsere Einbildung muß sich," um mit Justus Möser zu reden, „erst daran gewöhnen," ohne die traditionellen Krücken dieser beiden juristischen Wahnvorstellungen einher zu gehen. Den Aktienbegriff in seiner Reinheit aus der vorerwähnten Umhüllung herauszuschälen, scheint uns für die wissenschaftliche Betrachtung die vornehmste Aufgabe zu sein. Dabei wird sich ergeben, daß jene äußerliche Konfiguration der individuellen Aktienrechte, welche in die Vereinsform ausmünden, ihre adäquate juristische Ausprägung nur zum allergeringsten Theil hierin finden, daß das sogenannte vielbestrittene „Individualrecht des Aktionärs", welches immer mehr und mehr als der wichtigste und schwierigste Theil des Aktienrechts erscheint, in keiner Weise aus der mehrerwähnten Bastardbildung heraus wird erklärt werden können. Wenn irgend wo, so liegt hier gerade die moderne Fortentwicklung eines Rechtsbegriffes vor, dessen Ansätze wir zwar im römischen Recht in dem peculium, in dem mittelalterlichen der Accomenda finden, welcher sich aber bisher noch nicht

zu vollendeter Klarheit durchgerungen hat. Hierin liegt auch das dieselbe nach wirthschaftlicher und sittlicher Seite hin (in malam partem) bestimmende aleatorische Moment, die Spielchance, das nothwendige Korrelat des „Einsatzes" (vgl. „beschränkte Haftbarkeit"), und nur von hier aus ist es möglich, zu einer befriedigenden Konstruktion des gesammten Instituts zu gelangen, welches von jener dogmatischen Geschlossenheit entfernt, wie sie ihr die verschiedenen Theorien von Thöl, Renaud, Hermann, Kuntze u. a. m. andichten, lediglich als eine Konfiguration der verschiedenen Rechtsgedanken erscheint, welche gegeneinander abzuwägen und zu bestimmen, dem juristischen Denken, bei der Unklarheit der modernen Gesetzgebung über diese Materie der Lehre und der Rechtsprechung die erheblichsten Schwierigkeiten bereitet. Auf diesem Boden allein läßt sich eine befriedigende Lösung finden. Ist dieselbe aber hier möglich, dann erscheint die unter dem Eindrucke der jüngsten Wirthschaftsepoche auf das Symptom loskurirende Methode, das Aktienrecht lediglich unter dem polizeilichen Gesichtspunkte zu betrachten, als unzureichend. Die organischen Lebensfunktionen der Aktiengesellschaft lassen sich, was ihre Entstehung, ihre Lebensdauer und ihr Ende anlangt, unschwer unter die ihrer Natur entsprechenden, rechtlichen Gesichtspunkte subsumiren, ohne daß es der Anstrengung der kasuistischen Phantasie bedarf, um das ganze Institut in eine Apotheke mit einer Unzahl von Gegengiften zu verwandeln, welche der Gesetzgeber für die Umgehung seiner Vorschriften in unendlicher Anzahl bereit halten muß. Vor diese Aufgabe sieht sich die Wissenschaft des Handelsrechts gegenwärtig gestellt.

Ihre Lösung nach mancher Richtung in wirksamster Weise gefördert zu haben, wird man dem Löwenfeld'schen Buche nicht streitig machen können.

Dr. J. G.

---

## 62.

**Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs von Dr. Heinrich Dernburg, Geh. Justizrath, Professor an der Universität Berlin, Mitglied des Herrenhauses. Erster Band. Zweite, neu bearbeitete Auflage. 1879. Dritter Band. 1880. Halle a. S. Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.**

Das Dernburg'sche Lehrbuch hat in verhältnißmäßig kurzer Zeit zahlreiche und warme Freunde unter den preußischen Juristen gewonnen. Während der Verfasser es vorzugsweise für die Studirenden und die jüngeren Praktiker bestimmt hatte, hat man längst erkannt, daß das Werk sich auch in der Hand gereifter Juristen als sehr werthvolles Hülfsmittel zur wissenschaftlichen Erkenntniß der preußischen Rechtsinstitutionen in ihrem Zusammenhange und zum Theil in ihrem Gegensatze zu dem gemeinen Rechte sowie der Fortbildung, welche sie durch die neuere Gesetzgebung erfahren haben, bewährt. Kein Wunder daher, daß das Bedürfniß einer zweiten Auflage des 1. Bandes sich herausgestellt hat, ehe noch die erste Ausgabe in ihrem dritten, letzten, das Familien- und Erbrecht umfassenden Theile ihren völligen Abschluß gefunden hatte. Erfreulich ist, daß das Erscheinen

dieses dritten Bandes durch die erforderlich gewordene Neubearbeitung des ersten nicht aufgehalten worden ist.

Welche Aufgabe der Verfasser bei der letzteren in erster Linie zu lösen hatte, das ist von ihm schon durch die Veränderung des Titels angedeutet worden: das Lehrbuch mußte dem Einfluß der Reichsgesetzgebung Rechnung tragen, also die Privatrechtsnormen des Reiches in sich aufnehmen. Der Abschluß der Arbeit fällt in den Juli 1878, also in eine Zeit, wo die großen deutschen Justizgesetze zwar publizirt, aber noch nicht in Geltung waren und zum Theil noch des Ausbaues durch die Landesgesetzgebung harrten. Dieser Umstand erhöhte auf der einen Seite die Schwierigkeiten der Aufgabe, rechtfertigte aber auch auf der andern Seite eine Beschränkung derselben. Die erschöpfende wissenschaftliche Durchforschung des privatrechtlichen Gehalts der zunächst eine neue Ordnung des Verfahrens bezweckenden Gesetzgebung und eine darauf gebaute systematische Entwicklung seines Verhältnisses zu dem bisherigen Rechte durfte aufgeschoben werden. Noch waren ja diese Normen nicht Bestandtheile des geltenden Rechts. Es konnte deshalb zur Zeit nur darauf ankommen, die bevorstehenden Aenderungen, wie der Verfasser es richtig ausdrückt, zu markiren, um die Brauchbarkeit des Buches auch über den 1. Oktober 1879 hinaus zu erhöhen und um einen sicheren Grund zu weiteren Forschungen zu legen. Dieses Ziel hat der Verfasser erreicht, und für die dabei bewährte Sorgfalt und Umsicht gebührt ihm aufrichtiger Dank. Wie vielverzweigt und zum Theil weitgreifend die Modifikationen sind, welche durch die Justizgesetze in das Privatrecht hineingetragen sind, zeigt eine auch nur oberflächliche Durchsicht des vorliegenden Lehrbuchs. Wir verweisen beispielsweise auf S. 87 (Verhältniß der Ausländer), auf S. 148 ff. (Entmündigung), auf S. 193 (Einfluß des § 853 C.P.O.), auf S. 206, 209, 210 (§§ 76, 380 ff., 392 C.P.O.), auf S. 237 ff. (Prozeßbevollmächtigte), auf S. 260 ff., 274 ff. (Gerichtliche Verfolgung des Rechts und Einfluß des Prozesses auf das eingeklagte Recht), auf S. 280, 368 und 378 ff. (Einfluß der C.P.O. und K.O. auf die Verjährungslehre), auf S. 854 (Pfändungspfandrecht) u. s. w. Die Einwirkungen der Gesetzgebung des Jahres 1879 sind in einem Nachtrage zum dritten Bande (S. 688 ff.) dargestellt. Ob Wissenschaft und Praxis dem Verfasser in allen Einzelheiten beitreten werden, ist fraglich — sicher wird dies z. B. nicht der Fall sein in der Auffassung der Klage als eines Schriftsatzes von nur vorbereitendem Karakter (S. 265, 373); — aber Meinungsverschiedenheiten sind weder vermeidlich noch für das Urtheil über den Werth des Buches von Bedeutung. Daß neben den großen Justizgesetzen auch die übrigen seit dem Abschluß der ersten Auflage des 1. Bandes erschienenen Reichs- und Landesgesetze die gebührende Berücksichtigung gefunden haben, versteht sich von selbst. Hervorzuheben ist auch die sorgfältige Beachtung, welche die neuere Literatur und Judikatur gefunden haben; ungern vermißt haben wir nur das Eingehen auf die über die Lehre vom Besitz in den Beiträgen veröffentlichten Arbeiten Kindels. Einzelne Aenderungen und Berichtigungen sind vorgenommen, im Wesentlichen aber hat der Verfasser seine früheren Ansichten aufrecht erhalten. Daß sie, besonders im Grund-

buchrecht, mit denjenigen des früheren preuß. Ober-Tribunals häufig im Widerspruche stehen, wird das Reichsgericht ohne Zweifel veranlassen, die beiderseitigen Argumente zu prüfen. Schwerlich aber wird die künftige Praxis die Dernburg'sche Auffassung von der absoluten Wirksamkeit der eingetragenen Prioritätscession (S. 785) sich aneignen. Daß die Eintragung der Prioritätscession die objektiven Wirkungen derselben erweiterte, ist aus § 498 A.L.R. I. 20 nicht herzuleiten, da derselbe nichts weiter bestimmt, als daß dritte Erwerber die aus dem Hypothenbuche ersichtliche Verfügung ihres Autors gegen sich gelten lassen müssen, d. h. daß das durch diese Verfügung unter den Kontrahenten entstandene Rechtsverhältniß subjektiv auf die Singularsukzessoren des Zurücktretenden ausgedehnt wird. Aber das Pfandrecht von der Forderung, für welche es bestellt ist, loszulösen und an eine andere Forderung zu knüpfen, das steht u. E. nicht in der Macht des Gläubigers. Er würde dadurch in die Rechte sowohl des Pfandeigenthümers als der nacheingetragenen Realinteressenten eingreifen und über Rechte, die ihm zur Sicherung seiner Forderung, also auch nur für die Dauer der letzteren eingeräumt sind, über diese Dauer hinaus verfügen. Rechte, die ihm nicht zustehen, kann er aber durch seinen Eintragungskonsens nicht bethätigen; die formale Kraft der „Einschreibung“ kann über die Rechtssphäre des die Eintragung Bewilligenden hinaus nicht wirken, und die Meinung der Kontrahenten kann daran ebenso wenig ändern.

Auf ein ziemlich verbreitetes Mißverständniß Dernburgs wollen wir bei dieser Gelegenheit aufmerksam machen: S. 875 wird gelehrt, daß das Appellationsgericht, jetzt das Oberlandesgericht, der belegenen Sache die zur Beaufsichtigung des Familienfideikommisses berufene Behörde sei. Dieselbe Ansicht vertreten auch Lewis, das Recht des Fideikommisses, und Koch, Kommentar zu § 64 A.L.R. I. 4. Sie beruht auf einer u. E. nicht richtigen Auffassung des Ges. vom 5. März 1855 § 1. Nach dieser Bestimmung sollten

> die Appellationsgerichte fortan die Fideikommißbehörde für sämmtliche Fideikommisse ihres Bezirks bilden.

Dadurch ist aber nur die Kompetenz, welche früher den Gerichten erster Instanz bezüglich der Fideikommisse nicht eximirter Personen zustand, aufgehoben und auf die Appellationsgerichte dergestalt übertragen, daß sie an die Stelle der bisher zuständigen erstinstanzlichen Gerichte ihres Bezirks getreten sind; dagegen ist keineswegs an die Stelle des zuständigen persönlichen Richters (A.L.R. II. 4 § 62, 29, A.G.O. II. 1 § 6 Nr. 2) der Richter der Sache gesetzt worden. Fideikommißbehörde ist demnach jetzt dasjenige Oberlandesgericht, in dessen Bezirk der Stifter seinen allgemeinen (persönlichen) Gerichtsstand hat, resp. zur Zeit der Errichtung des Fideikommisses hatte. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergiebt sich nicht nur aus den Motiven des Ges. vom 5. März 1855, sondern auch aus der Erwägung, daß andernfalls eine Kompetenzbestimmung für Geldfideikommisse fehlen und daß es unzulässig sein würde, in verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken belegene Güter zu einem Fideikommiß zu vereinigen.

Der dritte Band enthält, wie erwähnt, das Familien- und Erbrecht in

Darstellungen, welche Klarheit und Schärfe der Gedanken, Einfachheit und leichte Verständlichkeit des Ausdrucks mit wissenschaftlicher Tiefe in seltenem Grade vereinigen. Daß der Verfasser diese Vorzüge, die sein ganzes Lehrbuch auszeichnen, auch in den schwierigen Lehren des Erbrechts bewährt hat, würde schon allein seiner Arbeit den größten Erfolg sichern. Dieselbe bleibt aber auch sonst nicht hinter den Erwartungen zurück, die man zu hegen berechtigt war. Es wird uns zustimmen, wer z. B. die Lehre von den Substitutionen (S. 432 ff.), die Erörterungen über korrespektive Testamente (S. 491 ff.) und die Darstellung des Pflichttheilsrechts (S. 530 ff.) liest.

Küntzel.

---

## 63.

**Die preußischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, herausgegeben mit Einleitung und Kommentar von Alex. Achilles, Landgerichtsrath in Berlin. Dritte verbesserte u. vermehrte Ausgabe. Zweites Heft. Berlin bei J. Guttentag (D. Collin).**

Von dem Band XXIII. dieser Beiträge S. 781 gedachten Werke ist nunmehr das zweite Heft, umfassend den Kommentar zu dem in dem ersten Hefte begonnenen dritten Abschnitte des Gesetzes über den Eigenthumserwerb ꝛc. („Von dem Recht der Hypothek und der Grundschuld"), ferner zu dem vierten und fünften Abschnitte dieses Gesetzes („Von dem Bergwerkseigenthum und den selbständigen Gerechtigkeiten" und „Allgemeine Bestimmungen"), erschienen, S. 161—324. Beigefügt sind Nachträge und Berichtigungen. Dieses Heft entspricht in jeder Beziehung dem Rufe des Verfassers sowie der günstigen Meinung, welche dem ersten Hefte entnommen wurde. Die Seiten 161—313 werden der Aufgabe gerecht, die Lehre von der Hypothek und der Grundschuld gründlich zu erörtern. Außerordentlich sorgfältig sind insbesondere, um einige Beispiele anzuführen, die Konstruktion der Grundschuld, das Verhältniß der Grundschuld zur Hypothek, die Lehre von der Eigenthümerhypothek und die Zwangsvollstreckung in die Grundstücke behandelt. Durchweg sind nicht nur die neuen Gesetze des Reiches (auch das betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners) und die preußischen Ausführungsgesetze zu den sog. Reichsjustizgesetzen, sondern auch alle Entscheidungen des Ober-Tribunals und die Bescheide der früheren Appellationsgerichte in Beschwerdesachen, soweit solche bekannt wurden, und die verschiedenen Ansichten der Kommentatoren neben den Materialien des Gesetzes berücksichtigt. Der Raum verbietet ein näheres Eingehen auf die Einzelnheiten, wenigstens zur Zeit. Aber auch abgesehen davon, kann es kaum gelingen, eine erschöpfende Kritik dieses vortrefflichen Buches zu liefern, da die Fülle des Gebotenen so groß ist, daß ein langes eingehendes Studium erforderlich ist, um Lücken oder Mängel zu entdecken, wenn solche überhaupt vorhanden sind. Selbst wer in dem einen oder anderen Punkte dem Verfasser nicht beipflichten möchte, wird darin einen Mangel nicht finden können, da überall das Material für die abweichenden Ansichten zu Gebote steht.

Möchte das Werk bald vollständig vorliegen! Neubauer.

---

64.

**Die Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869, ergänzt durch das Gesetz, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, vom 4. März 1879. Mit einem ausführlichen Kommentar in Anmerkungen ꝛc. von Dr. jur. Paul Jäckel, Landrichter. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin 1880. Verlag von Franz Vahlen.**

Die erste Auflage des Jäckel'schen Kommentars haben wir Band 21 S. 908 der Beiträge angezeigt und dessen Reichhaltigkeit, Gründlichkeit und Sorgfalt rühmend anerkannt. Zur Ergänzung desselben hatte der Verfasser noch vor Eintritt der Geltung der neuen Justizgesetze deren Einfluß auf das Subhastationsverfahren in einer kommentirten Ausgabe des Gesetzes vom 4. März 1879, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, klar gelegt (vgl. Beiträge Bd. 23 S. 783). Die so kurz nach der Reorganisation hervorgetretene Nothwendigkeit einer zweiten Auflage der Subhastationsordnung hat ihm Gelegenheit gegeben, den Inhalt des Ergänzungshefts mit dem Kommentar der ersteren organisch zu verbinden und den gegenwärtigen Rechtszustand auf dem Gebiete des Subhastationswesens in einheitlichen, zusammenhängenden Darstellungen zur Anschauung zu bringen. Er hat dabei nicht nur die Arbeiten der Kommentatoren der Civilprozeßordnung berücksichtigt, sondern namentlich auch diejenigen Erörterungen sachgemäß verwerthet, durch welche Kurlbaum in seiner Schrift „die preuß. Subh.-O. vom 15. März 1869 unter dem Einflusse der deutschen Justizgesetze und der preuß. Ausführungsgesetze" so wesentlich zur Aufklärung beigetragen hat. Daneben ist das Material, welches seit dem Erscheinen der ersten Auflage hinsichtlich der in dieser erörterten Streitfragen in Theorie und Praxis zu Tage getreten ist, von ihm sorgfältig nachgetragen und hie und da zu Berichtigungen benutzt worden. Hierbei wollen wir jedoch auf eine kleine Inkongruenz aufmerksam machen, welche zwischen Seite 199 einerseits und den Seiten 245, 247 andererseits dadurch entstanden ist, daß der Verfasser an den letzteren Stellen die Ansicht des Ober-Tribunals über die Nothwendigkeit eines fortgesetzten Kaufgelderbelegungstermins im Falle späterer Meldung des legitimirten Inhabers einer von Amtswegen liquidirten Post adoptirt, Seite 199 aber bezüglich der von Amtswegen liquidirten Kautionshypothek die entgegengesetzte Anschauung beibehalten hat. Auch davon haben wir uns nicht überzeugen können, daß die Seite 215 vertretene, u. E. richtige Ansicht, — wonach eine bezahlte Grundschuld vom Subhastaten liquidirt und das darauf entfallende Perzipiendum den späteren Gläubigern entzogen werden kann, — mit der Seite 50 vorgetragenen Doktrin zu vereinigen wäre, wonach die durch die Subhastation bewirkte Beschlagnahme auch der Abtretung quittirter, aber nicht gelöschter Posten (also auch Grundschulden) und der Verfügung über von Todeswegen erworbene Grundschulden entgegenstehen soll.

Die äußere Einrichtung des Buches ist eine durchaus zweckmäßige: die einzelnen Vorschriften des Gesetzes vom 4. März 1879 sind — wie dies schon in der ersten Auflage mit den betreffenden Bestimmungen der

Konk.-O. geschehen war — im Kommentar bei den durch dieselben beeinflußten oder abgeänderten Paragraphen der Subhastationsordnung mitgetheilt und durch den Druck in lateinischen Lettern hervorgehoben. Am Schlusse ist dann das Gesetz vom 4. März 1879 nochmals im Zusammenhange unter Hinweis auf die Seiten, auf denen die Erläuterungen zu finden sind, abgedruckt.

Neu hinzugefügt sind Bemerkungen zum Kostentarif, sowie Kostentabellen, wobei selbstverständlich die durch die neuen Gesetze bewirkten Aenderungen berücksichtigt sind.

Allseitiger Zustimmung wird sich der Grundsatz, den der Verfasser in seiner Arbeit bethätigt hat, erfreuen: daß es besser ist, sich über zweifelhafte Fragen auf die Gefahr hin, berichtigt zu werden, auszusprechen, als sie stillschweigend zu übergehen. Uebrigens sind die Erörterungen solcher Fragen auch da, wo der Standpunkt des Verfassers zu Bedenken Anlaß giebt, geeignet, das Verständniß zu fördern, und das allein ist ja wesentlich.

Die bei der Darstellung des neuen Beschwerderechts auf S. 133 entwickelte Auffassung des Begriffs des „neuen selbständigen Beschwerdegrundes" stimmt, worauf wir aufmerksam machen, mit der Ansicht des Reichsgerichts (vgl. dessen Entscheidungen Bd. 1 S. 223 und 233) nicht überein.

Ob es nicht angemessen gewesen wäre, den Exkurs über das Verfahren bei Erhebung von Einwendungen gegen die Fortsetzung des Verfahrens noch durch die Erwähnung der für den Fall der Zwangsvollstreckung aus einem der § 702 C.P.O. gedachten Titel zuständigen Gerichte zu vervollständigen, kann fraglich sein. Der Verfasser hat indessen nicht die Absicht gehabt, dem Subhastationsrichter die Einsicht und Benutzung der C.P.O. neben seinem Kommentar ganz zu ersparen, sondern ihm Fingerzeige zu geben, wo und in welchem Umfange neben der Subh.-O. auch die C.P.O. zu berücksichtigen ist, und dies erscheint uns auch vollkommen ausreichend.

Wir nehmen keinen Anstand, auch die zweite Auflage des Jäckel'schen Buches als einen zuverlässigen Rathgeber in den Fragen des Subhastationsrechts und Subhastationsverfahrens zu bezeichnen und ihn als solchen den Berufsgenossen zu empfehlen. **Küntzel.**

---

65.

**Das Preußische Stempelgesetz vom 7. März 1822 in seiner Anwendung auf privatschriftliche und notarielle Urkunden, auf gerichtlich aufgenommene freiwillige Akte, sowie auf Amtshandlungen und Verträge der Königl. und Kommunal-Verwaltungsbehörden ꝛc., bearbeitet von Leo Sabus, Bureau-Assistent der Königl. Provinzial-Steuer-Direktion in Breslau. Breslau. J. U. Kern's Verlag (Max Müller). 1880.**

Der Verfasser will den zur praktischen Handhabung des Stempelgesetzes berufenen Beamten, Behörden und Privatpersonen durch eine übersichtliche Zusammenstellung des wissenswerthesten Materials zu Hülfe kommen

und selbst die minder Geübten in den Stand setzen, die einschlagenden Gesetze ohne eingehenderes Studium der größeren Werke — insbesondere des Hoyer'schen Kommentars — in richtiger Weise anzuwenden. Zu diesem Zwecke werden ein Auszug aus dem Stempelgesetz unter Einfügung der dasselbe ergänzenden und abändernden neueren Gesetzesvorschriften, der Stempeltarif, die wichtigsten durch die Judikatur und die höchsten Verwaltungsinstanzen festgestellten Grundsätze, hin und wieder mit Erläuterungen an Beispielen, eine Tabelle zur Berechnung der Erbschaftssteuer und ein Sachregister gewährt. Bei der Beschränkung des Zieles, dessen Erreichung der Verfasser erstrebt, kann das Maß der Anforderungen, die man an das Buch zu stellen hat, kein hohes sein: der Aufgabe, dem Praktiker die Orientirung zu erleichtern und ihn in den meisten Fällen vor Mißgriffen und Mißverständnissen bei Berechnung des zu den verschiedenen Urkunden erforderlichen Stempels zu bewahren, wird die Arbeit im Wesentlichen gerecht. Bedenklich erscheint aber wohl selbst von diesem Standpunkte aus der Umstand, daß der Text des Stempelgesetzes zu lückenhaft mitgetheilt ist, und daß Angaben darüber fehlen, wo die vom Verfasser angezogenen Erkenntnisse und Reskripte zu finden sind. Küntzel.

---

66.

**Haupt-Register zu den Jahrgängen XI—XX der Dr. J. A. Gruchot'schen Beiträge** zur Erläuterung des Preußischen und Deutschen Rechts durch Theorie und Praxis. Bearbeitet von M. Friedländer, Kammergerichts-Referendar. Berlin. Verlag von Franz Vahlen. 1880.

Die vorliegende Arbeit ist, wovon wir uns durch eingehende Prüfung überzeugt haben, mit der anerkennenswerthesten Sorgfalt und mit regem Verständniß für die Anforderungen, die ein gutes Register zu erfüllen hat, hergestellt und wird darum den Freunden und Besitzern der Beiträge ohne Zweifel die besten Dienste leisten. Küntzel.

---

# Abhandlungen.

## 22.

## Ueber Auslegung der Gesetze.

### Kritische Bemerkungen

von Herrn Amtsrichter Dr. Deutschmann in Stuhm.

Vor Kurzem ist in dieser Zeitschrift (Bd. XXIII. S. 1 ff.) vom Ober-Tribunalsrath Meyer ein scharfer Angriff auf die bisher übliche Interpretationsmethode der Gesetze unternommen worden. Meyer hält, obwohl er zunächst ganz allgemein spricht, die Unterscheidung von grammatischer und logischer Interpretation, jedenfalls in ihrer Anwendung auf Gesetze, deren Verbindlichkeit auf der Publikation beruht, für einen scholastischen Fehler und will nur den Gegenstand der Interpretation und den Standpunkt des Interpreten unterscheiden. Er deduzirt, daß der den alleinigen Gegenstand der Gesetzesinterpretation bildende „Wille des Gesetzgebers", welchen die bisherige Theorie auf Grund jener verwerflichen Methode hauptsächlich aus den Materialien des Gesetzes, denen gegenüber die bloße Wortfassung des Gesetzes wesentlich erscheine, zu ermitteln suche, allein aus dem publizirten Gesetzesworte vermöge rechtlicher Fiktion seiner Identität mit dem „Willen des Gesetzgebers" herzuleiten sei. Seine Theorie gipfelt in dem Satze: tantum praescriptum, quantum publicatum, oder: die Fiktion des Staatswillens ist nur auf die Publikation zu stützen (S. 2, 3 Anm. 3; S. 5, 12 und an vielen Orten).

Nach unserem Dafürhalten verdient die bisher übliche Interpretationsmethode, richtig aufgefaßt, keineswegs eine so harte Verurtheilung; ihre Beibehaltung erscheint vielmehr als durchaus nothwendig. Der Nachweis dieses Satzes soll unter Berücksichtigung der Meyer'schen Ausführungen in nachstehenden Erörterungen versucht werden.

Wir sehen zunächst ganz davon ab, daß die Meyer'sche Theorie, obwohl von allgemeinen Gesichtspunkten aus operirend, dennoch sich selbst einen Theil ihres Anwendungsgebietes entzieht, indem sie dasselbe auf publizirte Gesetze beschränkt wissen will; wir halten sie auch in dieser Beschränkung nicht für richtig, weil u. E. das Fundament derselben, der Satz: tantum praescriptum, quantum publicatum auf einer Verkennung der rechtlichen Bedeutung des „Willens des Gesetzgebers" wie der Publikation beruht. Die folgenden kurzen Bemerkungen über „Auslegung der Gesetze" wollen selbstverständlich nicht Anspruch auf erschöpfende Darstellung der wichtigen Lehre über Gesetzesauslegung erheben; sie wollen nur einige u. E. einer Klärung bedürfende Grundbegriffe dieser Lehre feststellen.

## § 1.

### Recht. Gesetz. Staatswille. Wille des Gesetzgebers.

Recht, im objektiven Sinne, ist der Inbegriff der erzwingbaren Rechtssätze, welche die Lebensverhältnisse der Menschen regeln. Entstehungsgründe, Quellen des Rechts, sind: Gewohnheitsrecht und Gesetz.

Gesetz, im weiteren Sinne, ist jeder aus dem Willen einer Korporation hervorgehende, durch denselben gesetzte verbindliche objektive Rechtssatz. Im engeren Sinne bezieht man den Ausdruck „Gesetz" nur auf die von der höchsten Staatsgewalt gesetzten Rechtssätze. Wir werden im Folgenden dem Worte „Gesetz" den engeren Sinn zu Grunde legen. Gesetz in der modernen konstitutionellen Monarchie ist also, nach der herkömmlichen Formulirung, der verfassungsmäßig zu Stande gekommene und gehörig bekannt gemachte Wille der gesetzgebenden Gewalt des Staates.

Da die Auffassung des Staates als eines persönlichen und deshalb willensfähigen Wesens eine Fiktion zum Zwecke juristischer Konstruktion ist, fragt es sich daher, durch welche Organe und in welchen Formen sich dieser Wille äußert; zunächst aber, was überhaupt der Ausdruck „Staatswille" bedeutet. Der rechtliche Begriff der Staatspersönlichkeit mit allen seinen Attributen, Lebens- und Willensäußerungen ist ein ursprünglicher, in seiner Eigenthümlichkeit wohl zu erfassender, der nicht auf das Gebiet des Privatrechts hinübergezogen und aus privatrechtlichen Rechtssätzen und deren Konsequenzen konstruirt und abgeleitet werden darf. Wie der Staat als Schützer

und Förderer aller vernünftigen Interessen seiner Bürger die höchste rechtliche Persönlichkeit in der Rechtsordnung ist, so umspannt auch seine Willensfähigkeit ein weit umfassenderes Gebiet, als die der physischen Personen. Wille des Staats heißt Herrschaftsmacht, heißt Staatsgewalt.[1]) Der Staatswille tritt durch das Handeln seiner Organe in die äußere Erscheinung.[2]) Im konstitutionell-monarchischen Staate sind diese Organe der Monarch und die Stände. Ihr Thätigkeitsgebiet und ihr rechtliches Verhältniß zu einander gestaltet sich nach der konkreten Staatsverfassung; ihr rechtliches Handeln, mag nun nach der jeweiligen Staatsverfassung das Zusammenwirken beider Organe erforderlich sein, oder das Handeln des Einen genügen, bleibt aber stets: Aeußerung des Staatswillens. Das Erforderniß der Mitwirkung eines anderen Organes neben dem Monarchen zur Ausübung der Staatsgewalt oder eines besonderen Thätigkeitskreises derselben, z. B. des Gesetzgebungsrechtes, bedeutet daher in der konstitutionellen Monarchie: materielle oder inhaltliche Selbstbeschränkung des Staatswillens überhaupt oder doch bezüglich dieses speziellen Wirksamkeitsgebietes desselben. Dies ist die rechtliche Bedeutung des Art. 62 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850. Es ist daher unrichtig, von dem fingirten „Willen des Gesetzgebers“ streng den Willen der Gesetzesfaktoren, durch welchen die gesetzgebende Gewalt des Staates „ausgeübt“ wird, zu unterscheiden.[3]) Die Statuirung eines solchen Unterschiedes beruht übrigens hauptsächlich auf dem unterschiedslosen Gebrauche des Ausdruckes „Wille des Gesetzgebers“ in seiner noch klarzulegenden doppelten Bedeutung als Aeußerungsform der Staatsgewalt und Inhalt dieser Aeußerung. Der Staat nämlich bedarf, wie hervorgehoben, wegen seiner natürlichen Willensunfähigkeit einer durch das Recht bestimmten Vertretung durch Menschen, in deren Handeln sich sein Wille verwirklicht; sein Wille muß aber auch ferner, weil er alle Mitglieder des Staates zu verpflichten bestimmt ist, mit Zuverlässigkeit Allen erkennbar oder wenigstens zugänglich gemacht werden. Dies hat man in der modernen konstitutionellen Monarchie dadurch zu erreichen gesucht, daß man die Erklärung des Staatswillens in bestimmte feier-

[1]) Gerber, Grundzüge des Staatsrechts, I. Auflage Leipzig 1865, S. 2 Anmerkung 1, S. 3.

[2]) Gerber, a. a. O., S. 71, 137.

[3]) Wie dies Meyer S. 3 thut.

liche Formen brachte und ihr durch Wort und Schrift die möglichste Verbreitung sicherte. Speziell auf dem Gebiete der Gesetzgebung sind diese Formen die Formen des Gesetzes, welche darin bestehen, daß das Gesetz vom Monarchen unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die ständische Zustimmung unter Gegenzeichnung der Minister in der vorgeschriebenen Weise als Gesetz bekannt gemacht wird. So ist also die äußere Erscheinung des Gesetzes selbst zum Gegenstande gesetzlicher Vorschriften geworden.[4])

Wie aber einerseits ihrer Natur und ihrem Zwecke nach diese Formen nicht zum Wesen oder Begriffe des Gesetzes gehören, sondern Forderungen der Rechtspolitik sind,[5]) so ist doch andererseits der Staatswille, speziell der Wille der gesetzgebenden Gewalt des Staates, an die Beobachtung dieser Formen gebunden, wenn anders er — förmlich — Gesetz sein will.

Nennt man nun diesen in der Form des Gesetzes ausgedrückten und bekannt gemachten Willen der gesetzgebenden Gewalt des Staates (Staatswillen): Willen des Gesetzgebers, so läßt sich mit Fug und Recht dagegen nichts einwenden, wenn man sich vergegenwärtigt, daß man dabei nur an die Form der Willensäußerung ohne Rücksicht auf den Inhalt derselben zu denken hat; bezieht man diesen Ausdruck aber auf den Inhalt der Willensäußerung, so hat er eine von der früheren verschiedene Bedeutung, er besagt nämlich soviel als Gedanke des Gesetzes. Indem nun Meyer Form sowohl als Inhalt der Willensäußerung des Staates „Wille des Gesetzgebers“ nennt und diesen „Willen“ als Gegenstand der Gesetzesinterpretation hinstellt, kommt er zu einer Vermischung von staatsrechtlichen mit privatrechtlichen Fragen und zur schließlichen Verwerfung der bisher üblichen Interpretationsmethode. Denn daß die Grundsätze über Gesetzesauslegung privatrechtliche sind und in das Gebiet der juristischen Auslegungskunst, mittelbar also der Wissenschaft überhaupt, gehören, begrifflich somit durch Gesetze nicht festgestellt werden können oder sollen,[6]) ist einleuchtend, ebenso aber auch, wie gezeigt, daß die staaatsrechtlichen Fragen über die Form der Entstehung der Gesetze mit der Gesetzesauslegung in keinem organischen Zusammen-

[4]) Art. 106 Abs. 1 der preuß., Art. 2 Satz 2 und 3 der Reichs-Verfassung.

[5]) Krug, die Grundsätze der Gesetzauslegung. Leipzig 1848. S. 10, 65.

[6]) Die authentische Interpretation ist ein neues Gesetz.

hange stehen. Richtig ist freilich, daß, wie nur der in der Form des Gesetzes bekannt gemachte Wille Gesetz ist, so auch nur das in dieser Form äußerlich Vorliegende Gegenstand der Gesetzesauslegung sein kann; der Inhalt dieses äußerlich Vorliegenden steht aber mit den Formen seiner Entstehung, wie nochmals hervorgehoben werden muß, in keinem organischen Zusammenhange.

Die Ansicht, daß die Fiktion des Staatswillens nur auf die Publikation zu stützen sei, ist aber auch aus anderen Gründen zu verwerfen, weil sie nämlich die rechtliche Bedeutung der Publikation verkennt. Die Publikation ist nicht die Voraussetzung der Fiktion des Staatswillens — bekanntlich sind Gesetze auch ohne öffentliche Bekanntmachung lange Zeit hindurch rechtskräftig ins Leben getreten — sondern sie ist die Fixirung des Momentes der rechtlichen Erzwingbarkeit des bereits zum Abschlusse gelangten Staatswillens.[1]) Der Satz: tantum praescriptum, quantum publicatum hat also für die Lehre von der Gesetzesauslegung keine rechtliche Bedeutung; nur auf den äußeren Umfang des Gesetzeswortes bezogen, könnte er als richtig anerkannt werden. Hier enthält er jedoch etwas Selbstverständliches, das in der Publikationsformel mit den Worten: Wir rc. verordnen was folgt . . treffender ausgedrückt wird.

## § 2.

### Auslegung. Sog. grammatische und logische Interpretation.

Wenden wir uns nach diesen Erörterungen unserer eigentlichen Aufgabe, der Gesetzesauslegung zu, so werden wir zunächst festzustellen haben: was ist Auslegung, sodann: was ist auszulegen? oder mit anderen Worten, wir werden Begriff und Gegenstand der Gesetzesauslegung zu bestimmen haben.

Die Auslegung des Gesetzes hat es lediglich mit dem Inhalte desselben zu thun, d. h. sie soll zeigen, was in dem formell bekannt gemachten Gesetze enthalten ist. Das Gesetz, wie es uns äußerlich vorliegt, besteht aus einer Anzahl von Worten. Der Inhalt dieser Worte wäre also als Gegenstand der Gesetzesauslegung zu bezeichnen. So einfach hiernach und auf eine Thatfrage hinauslaufend die Bestimmung des Gegenstandes der Gesetzesauslegung zu sein scheint, so bietet sie der juristischen Betrachtung, weil der Gegensatz von Form

[1]) Art. 106 der preuß. Verf.-Urkunde: Gesetze sind verbindlich . . . wenn sie . . . bekannt gemacht worden sind.

und Inhalt bei den geistigen Vorstellungen und Begriffen im Unterschiede von den Gegenständen der sinnlich wahrnembaren Außenwelt keine wirkliche körperliche Existenz hat, sondern nur eine Abstraktion ist,[8]) dennoch Schwierigkeiten dar. Das Wort an sich ist eine Summe von Buchstaben „eine Schwingung der Luftwelle, die eine entsprechende Schwingung unseres Geistes bewirkt“[9]) und so uns den Anstoß und die Möglichkeit zur Rekonstruktion der in der Seele des Urhebers desselben vorgegangenen geistigen Bewegung gewährt. Die Worte sind nur die Ausdrucksmittel des zu reproduzirenden Gedankens; der Gedanke, der aus den Gesetzesworten rückwärts, a posteriori, zu erforschen ist, ist das eigentliche Gesetz, ist gültig.

Unter Gesetzesauslegung hat man also die Rekonstruktion des den Gesetzesworten inwohnenden Gedankens, welcher letzterer Gegenstand der Auslegung ist, zu verstehen.[10])

Wenn wir nun aber die Worte als die Ausdrucksmittel, als die in die Außenwelt getretenen Formen des Gedankens bezeichnen, fassen wir sie schon als etwas von letzterem Verschiedenes auf, und diese Verschiedenheit ist insofern vorhanden, als der Inhalt der Worte auch ohne Rücksicht auf einen durch sie ausgedrückten Gedanken lediglich nach sprachlichen Regeln Gegenstand der Auslegung sein kann. Nach beiden Richtungen hin muß sich die Auslegung bethätigen. Sie beginnt deshalb folgerichtig mit der Betrachtung der Gesetzesworte nach ihrer äußeren wörtlichen Erscheinung, nach den Regeln des Sprachgebrauchs und der Grammatik und vertieft sich sodann zur Erforschung des gewollten Inhalts des Wortes, d. h. des eigentlichen Gedankens des Gesetzes. Beide Thätigkeiten, die man bekanntlich mit dem allerdings unzutreffenden Namen der grammatischen und logischen Interpretation bezeichnet hat, bilden in ihrer vereinten Anwendung das Mittel zur Erforschung des wahren Gedankens des Gesetzes. Sie sind Elemente der Auslegung, die zwar dem Begriffe nach zu trennen, in der Anwendung aber zur richtigen und vollständigen Auslegung des Gesetzes stets verbunden werden müssen.[11]) Ihre Unterscheidung und ihre Anwendung auf

---

[8]) Krug, a. a. O. S. 63.

[9]) Ihering, Geist des römischen Rechts II. 2 S. 431, 2. Aufl. 1869.

[10]) Savigny, System Bd. I. S. 213. Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht S. 147.

[11]) Thöl a. a. O. S. 146 Anm. 2.

Gesetze ist kein scholastischer Fehler, sondern dem letzten Grunde nach nur das Zugeständniß, daß das Wort den Gedanken überall wiederzugeben außer Stande sei. Mit Recht ist daher gegen Savigny,[12]) welcher bereits diese Eintheilung verwarf und an deren Stelle eine neue von vier Elementen, dem grammatischen, logischen, historischen und systematischen, setzte, hervorgehoben worden,[13]) daß auch er das grammatische Element in einen Gegensatz zu anderen Elementen der Auslegung stelle, welche die alte Theorie unter dem Namen des „logischen" zusammenfasse. Die von Thöl[14]) an Stelle der alten Theorie gewählte Unterscheidung zwischen sprachlicher und rechtswissenschaftlicher Auslegung entspricht dem Verfahren wohl am Besten, scheint aber bisher leider wenig Beachtung gefunden zu haben.

## § 3.
## Der Gedanke des Gesetzes. Ratio juris. Ratio legis. Occasio legis.

1. Die Auslegung soll den Inhalt des Gesetzes darlegen. Es entsteht daher die Frage: Was ist Inhalt des Gesetzes?

Jeder Rechtssatz, und somit auch der gesetzliche Rechtssatz (das Gesetz), besteht darin, daß für einen bestimmten Thatbestand eine Rechtsbestimmung aufgestellt wird.[15]) Der Inbegriff der thatsächlichen Momente wie die Rechtsbestimmung, für sich allein betrachtet, sind bedeutungslos; erst durch ihre Verknüpfung zur Einheit des Gesetzes erlangen sie rechtliche Bedeutung.[16]) Da die Gesammtheit aller Thatbestände die Voraussetzung für das gesammte Recht bildet,[17]) und jeder einzelnen Rechtsbestimmung ein einzelner bestimmt gearteter Thatbestand mit Ausschluß aller anderen entspricht, so bildet innerhalb des einzelnen Rechtssatzes, beziehentlich Gesetzes, der Thatbestand den Grund (ratio) der Rechtsbestimmung (juris). Thatbestand und Rechtsbestimmung stehen also in dem rein logischen Verhältnisse von Grund und Folge. Die sog. ratio juris, d. h. der Rechtsgrund, gehört also stets zum Inhalte, zum wirklichen Gedanken des Gesetzes.

---

[12]) System S. 213, 214.
[13]) Thöl S. 146 Anm. 2.
[14]) Thöl S. 146.
[15]) Thöl, a. a. O. S. 91.
[16]) Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts B. I., Altona 1839, S. 27, 28.
[17]) Thöl S. 91.

Von der ratio juris ist die ratio legis, der Nützlichkeitsgrund, streng zu unterscheiden.[18]) Die ratio legis ist ein faktischer, kein rechtlicher Grund.

Von der Unvollkommenheit der bestehenden Rechtszustände überzeugt und durchdrungen von dem Gefühle, daß den bestehenden Uebelständen am Sichersten und Zweckmäßigsten durch gesetzliche Vorschrift werde begegnet werden, schreitet der Gesetzgeber zum Erlaß des Gesetzes. Der durch das Gesetz zu erreichende Zweck ist also der Grund seines Entstehens, aber nicht der Rechtsgrund, sondern der Bewegungsgrund. Deshalb ist er, wie jeder Bewegungsgrund im Verhältnisse zu dem schließlich als gewollt Gesetzten, dem Gesetze selbst nicht immanent, sondern steht außerhalb desselben. Das Gesetz verhält sich zu ihm wie ein Mittel zum Zweck.[19])

Wie aber ein und derselbe Zweck durch die verschiedensten Mittel verwirklicht werden kann, so können auch umgekehrt einem und demselben Mittel die verschiedensten Zwecke zu Grunde liegen. Der Schluß von dem Mittel auf den Zweck und umgekehrt ist daher ein unlogischer, weil nicht auf rechtlicher Nothwendigkeit beruhender Schluß. Hieraus folgt, daß der Nützlichkeitsgrund nie als Rechtsgrund behandelt werden darf, d. h. die aus ihm gezogenen rechtlichen Konsequenzen nicht als Rechtsprinzipien angewendet werden dürfen. Aus dem Nützlichkeitsgrunde allein kann daher niemals der wirkliche Gedanke des Gesetzes gefunden werden.

Es kann aber auch der Nützlichkeitsgrund für die Findung des Gesetzesinhaltes bedeutend werden. Allgemeine Vorschriften lassen sich hier zwar nicht aufstellen; doch wird, je mehr der Rechtsgrund eines Gesetzes in den Hintergrund tritt, und der Nützlichkeitsgrund überwiegt, dieser für die Erforschung des Gesetzesinhaltes als „ein einzelnes unterstützendes Moment"[20]) nicht außer Acht zu lassen sein.[21])

---

[18]) Vgl. Thöl S. 142. Dagegen Savigny, System I. S. 240, der, übrigens nicht glücklich, für die ratio juris den Ausdruck speziellen Grund, für die ratio legis generellen Grund eingeführt hat. Vgl. Thöl S. 142 Anm. 2. Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts 2. Aufl. Altona 1806, versteht unter „Grund des Gesetzes" nur den Nützlichkeitsgrund; was wir den Inhalt, Gedanken, des Gesetzes nennen, heißt bei ihm „Absicht".

[19]) Vgl. Kierulff S. 26.

[20]) Kierulff S. 27.

[21]) Z. B. bei polizeilichen Strafgesetzen; im Strafrechte überhaupt mehr als im Civilrechte.

Von dem Nützlichkeitsgrunde, dem allgemeineren Zwecke, unterscheidet man noch den einzelnen konkreten Zweck, der durch das Gesetz erreicht werden soll.[22] Besondere Regeln sind hierüber nicht aufzustellen.

Dagegen ist noch hervorzuheben die occasio legis, die äußere Veranlassung, der Anstoß zu einem Gesetze.[23] Sie besteht in einer äußeren Thatsache, einer historischen Begebenheit, welche die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers erregt und ihn zur Hervorbringung einer Rechtsbestimmung veranlaßt.[24] Sie ist für die Erforschung des Gesetzesinhaltes im Allgemeinen einflußlos, weil sie, gleich dem Nützlichkeitsgrunde, und in noch weiterer Entfernung als dieser, außerhalb des Gesetzes selbst steht. Sie ist hauptsächlich von legislativer Bedeutung, insofern, als sie in concreto die gesetzgeberische Denkbarkeit, namentlich die größere oder geringere Geschicklichkeit der Verknüpfung des aus der historischen Begebenheit herausgeschälten Thatbestandes mit der Rechtsbestimmung zu veranschaulichen vermag; doch kann sie unter Umständen für die Erkenntniß des Gesetzesinhaltes in Betracht kommen. So wird sie namentlich für die Berichtigung des Gesetzeswortes Bedeutung gewinnen können.[25]

2. Die Auslegung soll den vollen Inhalt des Gesetzes klarlegen.

Auslegung ist Wissenschaft, ist freies geistiges Erfassen des zu behandelnden Gesetzesstoffes.[26] Solcher Auffassung gegenüber wird und kann das Wort des Gesetzes nur eine untergeordnete Rolle spielen. Der in concreto erkennbare wahre Wille des Gesetzes bleibt allein maßgebend, und nur ausdrückliche Erklärung des Gesetzes, daß dieser Wille lediglich in den Worten zu suchen sei, kann eine Ausnahme begründen. Freilich wird das vollkommene Erkennen dieses Willens häufig Schwierigkeiten bereiten; denn das Wort wird öfters die ihm zukommende Aufgabe der Gedankenreproduktion in ungenügender Weise lösen. Hier ist es nun aber die hohe Aufgabe des

---

[22]) Thöl S. 142, 149.

[23]) Wie Savigny S. 221 und Thöl S. 142 es treffend nennen.

[24]) Z. B. der Vatermord des Macedo: Sc. Macedonianum; der Fall Duchesne und Arnim: §§ 49a, 353a St.G.B.

[25]) Vgl. Thöl S. 154. A.M. Savigny S. 421. Unzutreffende, zu enge oder zu weite, Fassung des Gesetzeswortes, wird uns oft überraschend klar, wenn wir die occasio legis erfahren.

[26]) Kierulff S. 34, 35.

Auslegers, „den noch rohen, nur künstlerischer Behandlung fähigen, Gesetzesstoff zu formen",[27]) ihm Seele und wirkliches Leben einzuhauchen.

Zwiefach ist das Verhältniß, in welchem der Gedanke zum Worte stehen kann: er ist entweder mit dem Wort oder gegen das Wort. Mit dem Wort ist er, wenn das Wort klar oder unklar ist, gegen das Wort, wenn es unwahr ist.[28]) Unwahr kann das Wort nach dreierlei Richtung sein: es kann entweder mehr, weniger oder etwas Anderes sagen, als es will. Hiernach unterscheidet man herkömmlich die bestätigende, erklärende und berichtigende und innerhalb der letzteren wieder die einschränkende, ausdehnende und ändernde Auslegung.[29])

Der Fall, in welchem der Gedanke mit dem Worte ist, ist für die Theorie der Auslegung von geringerem Interesse; er soll deshalb hier nicht erörtert werden.[30])

Wichtiger dagegen ist der andere Fall. Ausgehend von dem der Auslegung überhaupt zu Grunde liegenden Prinzipe der Darlegung des wirklichen Willens unabhängig von dem Worte, kann der Ausleger zu einer dreifachen Abweichung von dem Worte des Gesetzes gelangen.

---

[27]) Kierulff S. 35.

[28]) Vgl. Thöl S. 147.

[29]) Mit den sog. Auslegungsarten ist, namentlich in früherer Zeit, arger Mißbrauch getrieben worden. So unterscheidet z. B. Thibaut a. a. O. § 7 und § 17 ff.: Ausdehnende, aufhebende und innerhalb derselben wieder gänzlich und nur theilweise aufhebende, vermischte und dem Wortverstande nicht widerstreitende Auslegung; letztere wieder mit zwei Unterarten. Aeltere (vgl. Thibaut § 8) bringen es noch zu einer weit stattlicheren Reihe. Die Festhaltung besonderer Auslegungsarten in der Lehre von der Auslegung ist aber, weil sie dem Verständnisse und Eindringen in den wahren Gedanken des Gesetzes durch zum Theil haltlose und zu Oberflächlichkeiten führende Spaltungen Vorschub leistet, zu verwerfen. Sie hat nur dann Berechtigung, wenn man eine jede sog. Art als Quelle bestimmter, ihrem Wirkungsgebiete angehörender Rechtssätze hinzustellen vermag. Dies ist aber nicht möglich, und daher dieses ganze Verfahren als juristisch unhaltbar aufzugeben. Man bringt auf die gedachte Weise die sog. Arten der Auslegung, die ja nur einzelne geistige Thätigkeiten des Auslegers zum Zwecke der einheitlichen und vollständigen Erfassung des gesetzgeberischen Gedankens sind, in einen Gegensatz zum auszulegenden Objekte selbst, nämlich dem Gesetze, der unter allen Umständen vermieden werden muß, weil er überall nicht existirt.

[30]) Vgl. darüber Savigny S. 226 ff. und Thöl S. 147, 151.

Sieht er ein, daß das Wort mehr sagt, als es wollte, so beschränkt er das Anwendungsgebiet desselben auf den von ihm als wesentlich erkannten Thatbestand, indem er alle anderen den Worten nach darunter gehörigen Fälle, denen aber dieser wesentliche Thatbestand nicht zukommt, als nicht darunter gehörig von der Anwendung ausschließt.

Sieht er ein, daß das Wort weniger sagt, als es wollte, so erweitert er das Anwendungsgebiet desselben auf den von ihm als wesentlich erkannten Thatbestand, indem er alle diejenigen den Worten nach nicht darunter gehörigen Fälle, denen aber dieser wesentliche Thatbestand zukommt, als in Wahrheit darunter gehörig behandelt.

Sieht er ein, daß das Wort theilweise etwas Anderes sagt, als es wollte, so bringt er, entgegen dem Worte, den als wesentlich erkannten Thatbestand zur Anwendung, indem er insoweit dem Worte die Anwendung völlig versagt.[31])

So wichtig die bisher aufgeführten Sätze für die Ermittelung des Gesetzesinhaltes sind, so erschöpfen sie dennoch nicht die Aufgabe der Gesetzesauslegung, „die oft eine sehr verwickelte Natur hat.“[32]) Es ist dieser Umstand eben in der innersten Natur und dem Wesen des Rechts und Gesetzes begründet. Denn es ist bei der Gesetzesauslegung zunächst und vor Allem ins Auge zu fassen, daß sie a posteriori vorgeht. Der Ausleger steht dem Gesetze, als einer bereits existirenden positiven Rechtsnorm, zeitlich als Späterer gegenüber; er muß sich also zur vollständigen Einsicht in den Inhalt des Gesetzes in Gedanken auf jenen früheren Zeitpunkt, auf den Standpunkt des Gesetzgebers, zurückversetzen. Wie schwierig hier mitunter bei großem Zeitunterschiede die Lage des Auslegers ist, beweisen unsere römischen Rechtsquellen zur Genüge.[33]) Denn der Gesetzgeber ist ein Kind seiner Zeit und muß es sein, insofern er das Rechtsbewußtsein des Volkes zum lebendigen Ausdruck bringen soll. Nur aus den An-

---

[31]) Hierauf ist die abändernde Auslegung zu beschränken. Vgl. Windscheid, Pandekten 3. Aufl. 1870 I. § 21 S. 53. Denn wenn das Wort dem Inhalte überhaupt nicht entspricht, muß allerdings angenommen werden, daß weder das Wort gilt, weil es nicht gewollt war, noch der Wille, weil er nicht ausgesprochen war. Vgl. L. 3 D. de reb. dub. 34,5, l. 7 § 2 D. 33, 10 verbis „nemo existimandus est . . .“

[32]) Savigny S. 207.

[33]) Savigny S. 241 ff.

schauungen dieser Zeit, aus ihrer ganzen geistigen Atmosphäre heraus wird daher die Tragweite seiner Vorschriften richtig beurtheilt werden können.

Weiter aber ist zu beachten, daß die Rede des Gesetzes nicht wie die Rede eines beliebigen Menschen unerwartet an uns herantritt, daß sie vielmehr stets den wohlüberlegten Abschluß, die Fixirung irgend einer früheren Rechtsentwickelung darstellt. Mag man mit der historischen Schule annehmen, daß sich die Entstehung des Rechts mühelos vollzieht, durch die Macht der Ueberzeugung sich Bahn brechend, oder im schärfsten Gegensatz dazu seine Entstehung, ja sein ganzes Wesen unter den Gesichtspunkt eines erbitterten Kampfes bringen:[34]) der Wahrheit des Satzes, daß das Recht „unausgesetzte Arbeit"[35]) sei, ein Satz, der alle Gebiete der sittlichen Lebensordnung beherrscht, wird man sich nicht verschließen können. So erscheint also der geltende Rechtssatz als das geistige Produkt einer voraufgegangenen Zeitepoche, mit der er historisch durch unzählige, oft schwer erkennbare aber zu erkennende, Fäden in lebendiger Verbindung steht.[36])

Das Gesetz tritt endlich zu dem gesammten Rechtsstoffe, insbesondere zu den bereits bestehenden Gesetzen, in ein bestimmtes Verhältniß. Die einzelnen Rechtssätze, aus denen das Recht besteht, bilden kein zusammenhangsloses Konglomerat von Bestimmungen; sie stehen in einem inneren systematischen Zusammenhange, der sie zur Einheit des Systems verknüpft[37]) und den sich der Ausleger, weil ihn der Gesetzgeber vor Augen gehabt, gleichfalls zu vergegenwärtigen hat.

Erst die gewissenhafte Vergegenwärtigung und Beobachtung aller vorstehend aufgeführten Regeln wird den Ausleger zu dem zu erstrebenden Ziele, d. i. zur wahren und vollständigen Darlegung des Gedankens des Gesetzes, hinführen.

Besteht aber die alleinige Aufgabe der Auslegung in der Ermittelung des Gesetzesinhaltes, so ist jede darüber hinausgehende, diesen Inhalt außerhalb des Wortes suchende Thätigkeit nicht Aus-

---

[34]) Ihering's Auffassung, hauptsächlich niedergelegt in seinem „Kampf ums Recht", 4. Aufl. Wien 1874.

[35]) Ihering, a. a. O. S. 2.

[36]) Unzutreffend ist es daher, die Rede des Gesetzes und einer physischen Person in Parallele zu bringen, was Meyer S. 8 thut.

[37]) Savigny S. 9, 10, 214.

legung. Wohl ist es „höchste und edelste Aufgabe“, dem Gesetzgeber zu Hülfe zu kommen und seinen eigentlichen Willen dem nicht vollständig klar ausgedrückten Willen gegenüber zur Geltung zu bringen,[38]) aber nicht Aufgabe der Auslegung, sondern der rechtswissenschaftlichen Fortbildung des Rechts.[39]) Bei der Auslegung handelt es sich nur darum: Hat der Gesetzgeber gesagt, was er gedacht hat? Der „Sinn, welchen er mit den Worten hat verbinden wollen,“ ist eben, soweit es sich nicht um grammatikalische Auslegungsregeln handelt, das, was er gedacht hat, also sagen wollte.[40]) Ob und in wie weit, als der Gesetzgeber dieses Denken durch Fassung in Worte zu objektiviren unternahm, sich Gedanke und Wort decken, ist daher die einzige der Auslegung zur Lösung gestellte Aufgabe.

## § 4.

## Die Materialien.

Der Konstitutionalismus hat der Gesetzesauslegung in den sog. Materialien[41]) insofern ein Danaergeschenk gemacht, als Theorie und Praxis über die Bedeutung derselben für die Auslegung noch zu keinem endgültigen Resultate gekommen sind. Bald spricht man ihnen jede rechtliche Bedeutung ab,[42]) bald hält man sie für ein durch kein

---

[38]) Windscheid, a. a. O. § 22 S. 54.

[39]) Vgl. Savigny S. 235, 239, 322 ff. Savigny's Einwürfe gegen jene Ansicht scheinen mir als durch Windscheids Ausführungen nicht widerlegt.

[40]) Weil die Worte nur Ausdrucksmittel des Gedankens sind.

[41]) D. h. die Regierungsvorlage nebst den Motiven, die Kommissionsberichte, die Erläuterungen der Regierungskommissarien, die Kammerverhandlungen u. s. w.

[42]) So Schaffrath und Meyer. Schaffrath nimmt in seinem schwerfällig geschriebenen Buche (Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze. 1842) einen streng formalistischen Standpunkt ein; ihm sind allein die Worte Gegenstand und Bedingung der Auslegung, nicht andere Erläuterungen der gesetzgebenden Gewalt (!) z. B. Motive u. s. w. § 23, § 17. Vgl. gegen ihn auch Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht, Politik Bd. I. S. 110 ff., 123 ff. Ihm hat sich im Resultate, wenn auch mit anderer Begründung, Meyer angeschlossen. Seine Ansicht (S. 8), daß die Erläuterung aus den Materialien entweder zu demselben Ergebnisse führe, wie die sorgfältige Betrachtung des Gesetzeswortes in seinem rechtlichen Zusammenhange, oder zu einem anderen, und daß sie daher im ersteren Falle überflüssig, im letzteren eine unstatthafte Ergänzung des Gesetzeswortes enthalte, hat eine merkwürdige Aehnlichkeit mit der bekannten Ansicht des arabischen Eroberers über den Werth der alexandrinischen Bibliothek. Leider wurde letztere Ansicht durch Verbrennen der Bibliothek praktisch ausgeführt.

anderes Auslegungsmittel zu ersetzendes Hülfsmittel von der umfassendsten Bedeutung,[43]) bald legt man nur einzelnen Theilen derselben unter gewissen Voraussetzungen „geringeres“ oder „größeres“ Gewicht bei.[44])

Sieht man genauer zu, so existiren eigentlich nur zwei grundsätzlich verschiedene Meinungen: die erste und die zweite der eben angeführten, und diese beruhen auf der verschiedenen Auffassung der Aufgabe der Gesetzesauslegung, je nachdem man den wahren Willen des Gesetzes lediglich in den Worten desselben zu suchen habe oder nicht. Ist dies aber der Grund der Meinungsverschiedenheit, so ist nicht abzusehen, wie die Art und Weise, auf welche in den neueren konstitutionellen Staaten Gesetze zu Stande gebracht werden, auf die Hervorbringung dieser Kontroverse überhaupt hat von Einfluß sein können.[45])

Dem von uns dargelegten Standpunkte gegenüber kann es sich daher nur darum handeln, ob die von den Anhängern der dritten Meinung aufgestellte Würdigung der verschiedenen Arten der hier möglichen Aeußerungen eine Berechtigung hat?

Man kann, wenn man die endlose Reihe der aufgestellten Regeln und der zu beobachtenden Unterschiede bei den Erklärungen der einzelnen bei der Gesetzesabfassung betheiligten Personen liest, sein Erstaunen kaum zurückhalten. Ist das, so fragt man sich unwillkürlich, Freiheit der Gesetzesbehandlung, kann ein solches Verfahren, das an tausend Klippen vorbeisegelt, um an weiteren tausend stranden zu können, den wahren Willen des Gesetzes an's Licht bringen? Wäre dies die Folge der im konstitutionellen Staate bestehenden Art der Gesetzesabfassung,[46]) dann hätten der Art. 62 der preußischen und der Art. 5 der Reichs-Verfassung auch nicht einen Tag mehr Existenzberechtigung; denn es handelt sich hier ja möglicher-

---

[43]) So Wächter und seine Anhänger. Vgl. Mohl S. 98 ff.

[44]) So Förster, Privatrecht I. 3. Aufl. S. 66. Erk. des Ober-Tribunals 27. Septbr. 1867, Entsch. Bd. 58 S. 215. Krug, in dem bereits zitirten Buche, in sehr ausführlicher, und Mohl, a. a. O. I. S. 97 ff. in noch ausführlicherer Unterscheidung.

[45]) In diesem Irrthum bewegen sich die Meisten, so das Schaffrath'sche Buch, Krug, a. a. O. Vorrede S. IV und S. 116, Mohl S. 97, S. 142. In der That hat diese Kontroverse auch bereits früher, wenn auch in beschränktem Umfange (vgl. Thibaut, a. a. O. § 9 S. 27 ff.) bestanden.

[46]) Mohl S. 142.

weise „von Leben, Freiheit und Ehre, von den staatsbürgerlichen Rechten und ihren Garantieen, von Thronfolgerecht und Thronfolgeordnung".[47])

In der That, aus so kleinlicher Anschauungsweise heraus läßt sich auch nur Kleinliches hervorbringen. Der Geist des Gesetzes kann nur begriffen werden, wenn die Wissenschaft in freier Umschau und Würdigung nach den oben aufgeführten Grundsätzen alle zu dem Gedanken des Gesetzes hinführenden Wege verfolgt.[48]) Der Ausleger wird dann zu der Erkenntniß gelangen, daß die Materialien, deren Hauptaufgabe es zwar ist, den Gedanken des Gesetzes klar zu legen, in Wirklichkeit theils Manches enthalten, was mit ihm überhaupt nicht, theils Manches, was nur in loser Verbindung mit ihm steht. Er erkennt, daß Niemand die Verfasser des Entwurfs, die Regierungskommissare, die Kammerredner u. s. w. nöthigt, eine vollständige Begründung der vorgeschlagenen Bestimmungen oder der geäußerten Ansichten zu geben, daß es ihnen vielmehr häufig nur darauf ankommt, einige Hauptgesichtspunkte kurz hervorzuheben, und kommt, weil er, als Ausleger, den vollen und wahren Inhalt des Gesetzes zu ermitteln hat, zu dem Resultate, daß er einerseits nicht nur den Inhalt der Materialien kritisch auf das Sorgfältigste zu prüfen, das Unerhebliche und Einseitige von dem Erheblichen zu sondern und nur das Erhebliche, soweit er es nach den wissenschaftlichen Grundsätzen der Auslegung innerlich für begründet findet, als rechtlich bedeutend anzusehen und anzuwenden habe, sondern, daß er sich andererseits für die Ermittelung des Gesetzesinhaltes an die Materialien auch nicht für gebunden zu erachten habe. Denn Auslegung ist Wissenschaft, und ihr Gebiet ist unübersehbar und unerschöpflich. Findet hiernach der Ausleger außerhalb der Materialien Wege, die zu dem Gedanken des Gesetzes führen, so darf und muß er sie wandeln, findet er sie innerhalb der Materialien, so wandelt er sie, nicht weil sie in den Materialien liegen, sondern, weil die Wissenschaft ihn zu der Ueberzeugung gebracht hat, daß sie auch in den Materialien liegen.[49])

---

[47]) Mohl S. 97.

[48]) Mögen sie auch den „allgemeinen" und „besonderen" Regeln des Gebrauchs (vgl. Mohl S. 127 ff.) nicht entsprechen.

[49]) Ich freue mich, konstatiren zu können, daß Dernburg in dem nach Vollendung dieser Arbeit erschienenen III. Bande seines Preuß. Privatrechts (Halle a. S.

Wir haben den Inhalt gegen die Form, den Gedanken gegen das Wort vertheidigt. Wenn uns ein Blick auf die geschichtliche Entwickelung des Rechts die naturgemäße, übrigens auch bereits hinlänglich gewürdigte, Thatsache[50]) des Haftens am Worte in den Zeiten der Unreife der geistigen Entwickelung der Völker vor Augen führt, und wenn wir vor einer Uebertragung darwinistischer Theorieen und ihrer Ergebnisse auf die Jurisprudenz, so seltsam sie auf den ersten Blick erscheinen mag, nicht zurückschrecken, können wir es mit Recht als entschiedenen, allerdings befremdenden, Atavismus bezeichnen, daß in unserem heutigen, den Geist des klassischen römischen Rechts in über tausendjähriger Erprobung vor Augen habenden Zeitalter, das in konsequenter Entwickelung zur größtmöglichsten Konzentration des Wortes und Abstraktion des Gedankens vorgeschritten ist,[51]) eine Apotheose des Wortes gegenüber dem Gedanken mit Aufbietung wissenschaftlichen Apparates und Entfaltung nicht unbedeutenden Scharfsinnes versucht werden konnte.

Sollten vorstehende Erörterungen die Unhaltbarkeit der gegnerischen Prämissen dargethan haben, so wäre der Zweck dieses Aufsatzes schon vollkommen erreicht. Vielleicht hat aber auch der Gang der Untersuchung in einer oder der anderen Beziehung zur Klärung der Grundbegriffe in der Lehre von der Gesetzesauslegung einen bescheidenen Beitrag geliefert. Von dem Glauben, überall das Richtige getroffen zu haben, ist der Verfasser jedenfalls weit entfernt.

---

1880) den hier vertretenen Standpunkt vollkommen theilt und ihn hinsichtlich der Vorm.-Ord. der Mehrzahl der Kommentare gegenüber, für welche „der Paragraph des Gesetzes" entscheidet und denen „Erörterungen über die Grundgedanken des Gesetzes" fern liegen, mit Nachdruck zur Geltung bringt. Vgl. a. a. O. § 74 Anm. 1, § 79 Anm. 11, § 84 Anm. 3.

[50]) Vgl. Jhering, Geist des römischen Rechts II. 2 S. 427, 434. Kierulff, a. a. O. S. 20, 21.

[51]) Man denke an die Fassung neuerer Gesetze, z. B. der Grundbuchgesetze, der Vorm.-Ord. gegenüber der landrechtlichen Gesetzgebung.

## 23.

# Zur Klage aus der nützlichen Verwendung nach §§ 262 ff. I. 13 des preußischen Allgemeinen Landrechts.

Von einem preußischen Juristen.

---

Die Frage, ob die Klage aus der nützlichen Verwendung nach den Bestimmungen des preußischen Allgemeinen Landrechts zur Voraussetzung hat, daß etwas aus dem Vermögen des Versionsklägers in das Vermögen des Versionsbeklagten unmittelbar übergegangen ist, wurde von dem früheren preußischen Ober-Tribunal in feststehender Rechtsprechung bejaht, von dem früheren Reichs-Oberhandelsgericht verneint.

Diese Frage wird in zwei Erkenntnissen des Reichsgerichts erörtert, in dem Urtheil des I. Civilsenats vom 14. Januar 1880 und in dem Urtheil des I. Hülfssenats vom 3. Februar 1880 (Entsch. des Reichsgerichts Bd. I. Nr. 57 S. 143, Nr. 60 S. 159). In verschiedener Begründung wird in beiden die Ansicht des früheren Reichs-Oberhandelsgerichts vertreten.

Es ist nicht die Absicht, die viel behandelte Frage [1]) von Neuem eingehend zu erörtern; es sei vielmehr gestattet, nur einige Bedenken anzuregen, zu welchen die Begründung der beiden Urtheile des Reichsgerichts Veranlassung bietet. [2])

1. Das Urtheil des I. Civilsenats (Nr. 57 S. 143) begründet die Ansicht, daß die Klage aus der nützlichen Verwendung nach den Bestimmungen des A.L.R. auch dann zuläſſig ist, wenn die Verwendung aus dem Vermögen des Versionsklägers in das des Versionsbeklagten nicht unmittelbar stattgefunden hat, in folgendem Gedankengange:

> Die Absicht des Gesetzgebers war, sich dem zur Zeit der Redaktion des A.L.R. geltenden Rechte anzuschließen; das letztere erfordert den unmittelbaren Uebergang aus dem Vermögen des Versionsklägers in das des Versionsbeklagten nicht; es würde eine vollständige Abweichung von demselben sein,

---

[1]) Vgl. auch Gruchot Bd. XX. S. 655 ff.

[2]) Bezüglich des vollständigen Textes wird auf die Entscheidungen des Reichsgerichts an den bezeichneten Stellen verwiesen.

falls der Gesetzgeber die Klage aus der nützlichen Verwendung nur in dem Falle des unmittelbaren Ueberganges hätte zulassen wollen; der Inhalt des A.L.R. läßt auf den Willen einer solchen Abweichung nicht schließen; der Gesetzgeber hat selbst die Absicht, den mittelbaren Uebergang nicht auszuschließen, in bestimmten Stellen positiv offenbart; dies entspricht dem leitenden Motiv, das billige Rechtsgefühl mit der gebotenen Rücksicht auf erworbene Rechte und die Sicherheit des Verkehrs in Einklang zu bringen.

Zuzugeben ist, daß bei Redaktion des A.L.R. im Allgemeinen beabsichtigt wurde, sich dem geltenden Rechte anzuschließen. Was das zu jener Zeit geltende Recht betrifft, soll nicht in Zweifel gezogen werden, daß nach der Auffassung der Redaktoren die actio de in rem verso nicht auf Fälle beschränkt war, in welchen der das Rechtsgeschäft Schließende in der Gewalt des Bereicherten stand, daß dieselbe vielmehr auch unter gewissen Voraussetzungen zulässig war, falls der das Rechtsgeschäft Schließende eine gewaltfreie Person war.[3]) Auch mag anerkannt werden, daß die actio de in rem verso im Allgemeinen für statthaft galt unter Voraussetzungen, unter welchen der gewaltfreie Geschäftsführer ohne Auftrag oder der gewaltfreie Geschäftsführer mit Ueberschreitung der Vollmacht Mittelsperson war und gegen den Bereicherten eine Klage aus der Geschäftsführung oder dem Mandat hatte. Ausgeschlossen dürfte jedoch nicht sein, daß die actio de in rem verso noch an besondere Voraussetzungen geknüpft war. Ob zu diesen der unmittelbare Uebergang des Verwendeten aus dem Vermögen des Versionsklägers in das des Versionsbeklagten gehörte, mag dahin gestellt bleiben. Bemerkt sei nur, daß neuerdings die Ansicht vertreten, wenn auch nicht durchgehends anerkannt ist: der das Rechtsgeschäft Schließende müsse sich seinem Kontrahenten als Geschäftsführer eines Dritten zu erkennen geben (vergl. Windscheid, Pand.R. Bd. II. Note zu § 483). Von dieser Ansicht ausgehend, würde, falls die Mittelsperson in eigenem Namen ein Rechtsgeschäft schließt, die actio de in rem verso nicht statthaft sein; denn wer in eigenem Namen kontrahirt, giebt sich seinem Kontrahenten gegenüber nicht als Geschäftsführer eines Dritten zu erkennen; sein Kontrahent hat keine

[3]) Savigny erachtet diese Meinung für irrig (Obligationenrecht Bd. II S. 31), obwohl er eine actio utilis zuläßt (S. 62).

Veranlassung, ihn als solchen anzusehen. Was durch den Vertrag des als Geschäftsführer Kontrahirenden erworben wird, geht unmittelbar in das Vermögen des Dritten über; was durch den Vertrag des in eigenem Namen Kontrahirenden erworben wird, geht erst mittelbar in das Vermögen des Dritten über. Jene Ansicht könnte in ihrer Konsequenz dahin führen, daß bei dem nur mittelbaren Uebergang in das Vermögen des Dritten die actio de in rem verso unzulässig war.

Die in der Urtheilsbegründung in Bezug genommenen Stellen der Digesten (l. 3 § 1, l. 5 § 3 de in rem verso 15, 3) widerlegen diese Auffassung nicht; sie handeln von den Rechtsgeschäften Nichtgewaltfreier und dem Uebergange in das peculium und aus diesem in das Vermögen des Gewaltherrn. Wenn in diesem Verhältniß die actio de in rem verso stattfand, so folgt nicht, daß diese Norm auch für das Verhältniß galt, in welchem ein Gewaltfreier die Mittelsperson war. Die Wirkung von Rechtsgeschäften Nichtgewaltfreier unterschied sich wesentlich von der der Gewaltfreien. Sollte die Annahme unstatthaft sein, daß die Redaktoren des A.L.R. der zuvor bezeichneten Ansicht waren?

Hiervon mag jedoch abgesehen und mit der Urtheilsbegründung davon ausgegangen werden, daß nach dem zur Zeit der Redaktion des A.L.R. geltenden Rechte die Versionsklage stattfand, auch wenn die Verwendung nicht unmittelbar aus dem Vermögen des Versionsklägers in das des Versionsbeklagten erfolgt war.

Es fragt sich dann, ob die Abweichung, welche in dem Erforderniß der unmittelbaren Verwendung liegen würde, zu dem Schlusse berechtigt: diese Abweichung sei nicht beabsichtigt. Die Voraussetzung, daß die Redaktoren im Allgemeinen beabsichtigten, sich dem bestehenden Rechte anzuschließen, würde allerdings von Gewicht sein, wenn die Bestimmungen des A.L.R. im Uebrigen mit dem zur Zeit der Redaktion geltenden Rechte in allem Wesentlichen übereinstimmten. Das ist jedoch nicht der Fall. Nach dem zur Zeit der Redaktion des A.L.R. geltenden Rechte hatte die actio de in rem verso die Mitwirkung einer Mittelsperson bei dem Uebergange des Verwendeten aus dem Vermögen des Versionsklägers in das des Versionsbeklagten zur Voraussetzung. Für die landrechtliche Klage aus der nützlichen Verwendung ist dies kein Erforderniß. Dieselbe findet statt, auch wenn eine Verwendung ohne jede Vermittelung einer

Mittelsperson erfolgt ist. Mit dieser Abweichung, welche gegenwärtig wohl allgemein, insbesondere in dem Urtheil des Reichsgerichts vom 3. Februar 1880 (Entsch. Bd. I S. 160) anerkannt wird, wurde der Boden der gemeinrechtlichen actio de in rem verso vollständig verlassen; denn die letztere nahm gerade von der vermittelnden Handlung der Mittelsperson ihren Ausgang. Diese Abweichung erscheint nicht minder erheblich, als diejenige, welche darin liegen würde, daß die Klage aus der nützlichen Verwendung durch den unmittelbaren Uebergang des Verwendeten aus dem Vermögen des Versionsklägers in das des Versionsbeklagten bedingt wird.

Es mag überdies daran erinnert werden, daß, wie in der Begründung des Urtheils hervorgehoben wird, Suarez beabsichtigt hat, einer schädlichen Ausdehnung der Versionsklage entgegenzutreten. Sollte es undenkbar sein, daß, während der Versionsklage durch Wegfall des Erfordernisses der Mitwirkung einer Mittelsperson eine weitere Ausdehnung gegeben wurde, es in der Absicht lag, andererseits durch das Erforderniß der unmittelbaren Verwendung aus dem Vermögen des Versionsklägers in das des Versionsbeklagten die Versionsklage in engere Grenzen zu weisen?

Dem sei aber wie ihm wolle. In Berücksichtigung der anerkannten Abweichung des A.L.R. von dem zur Zeit der Redaktion geltenden Rechte, wenn diese selbst nicht für eine so schroffe als die in Rede stehende erachtet wird, dürfte es bedenklich erscheinen, aus der letzteren, wie es in der Urtheilsbegründung geschieht, einen Grund für die eine oder die andere der sich entgegenstehenden Ansichten zu entnehmen.

Hiernach erscheint fraglich, ob es darauf ankommen möchte, nachzuweisen, daß der Inhalt des A.L.R. den Willen des Gesetzgebers, in der bezeichneten Richtung von dem bestehenden Rechte abzuweichen, nicht erkennen läßt, oder ob nicht vielmehr der Nachweis zu führen ist, der Gesetzgeber habe in der bezeichneten Richtung das bestehende Recht beibehalten wollen. Indeß auch davon kann abgesehen werden.

Wenn § 262 A.L.R. I. 13 bestimmt:

„Derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines Anderen verwendet worden, ist dasselbe entweder in Natur zurück, oder für den Werth Vergütigung zu fordern berechtigt",

so dürfte aus der Wortfassung sich schwer entnehmen lassen, daß das „etwas“ zunächst in das Vermögen eines Anderen und dann wieder in das eines Dritten verwendet, und der Dritte der Andere sein soll. Immerhin mag die Fassung des § 262 für sich allein betrachtet eine solche Auslegung nicht geradehin verbieten. Dagegen erscheinen die §§ 263 und 264 mit einer solchen Auslegung unvereinbar. Es wird hier Geber und Empfänger sich direkt gegenübergestellt. Der Geber ist derjenige, aus dessen Vermögen nach § 262 etwas in das Vermögen des „Anderen“ verwendet ist, und der Empfänger ist der in dem § 262 bezeichnete „Andere“. Das erklärt die Urtheilsbegründung für bedeutungslos, weil der preußische Gesetzgeber (dessen Ausdrucksweise häufig nicht streng juristisch präzisirt sei) jene Bezeichnungen aus der gewöhnlichen Gestaltung der Versionsfälle entnommen habe, ohne deswegen die nützliche Verwendung nur auf Fälle des Gebens und Empfangens in engerem Sinne beschränken zu wollen. Es mag zugegeben werden, daß der Begriff des Gebens und Empfangens bezüglich des Gegenstandes der Verwendung ein weiterer und ein engerer sein kann; dem Gesetzgeber darf doch aber eine derartige Ungenauigkeit des Ausdrucks nicht unterstellt werden, daß, wenn er von dem Geber spricht, welcher von dem Empfänger das Empfangene zurückzufordern berechtigt ist, darunter auch Personen zu verstehen sein sollen, welche einander nichts gegeben, von einander nichts empfangen haben, daß er, wenn A. dem B. eine Sache verkauft und übergeben hat, so daß B. Eigenthümer der Sache geworden ist, und B. die Sache, deren Eigenthümer er geworden ist, dem Vermögen des C. zuführt, — den A. den Geber und C. den Empfänger nennt, oder darunter verstanden wissen will.

Sollten hiernach §§ 262—264, welche in ihrer Fassung nur auf den Uebergang aus dem Vermögen des Einen in das eines Zweiten, nicht in das Vermögen noch eines Dritten passen, nicht der Annahme entgegen stehen, der Gesetzgeber habe die Versionsklage auch zulassen wollen, falls die Verwendung aus dem Vermögen des Versionsklägers in das des Versionsbeklagten nicht unmittelbar erfolgt ist?

Die §§ 262—264 werden in margine als die „Grundsätze“ bezeichnet. Um so mehr dürfte es erforderlich erscheinen,

daß wenn die in Rede stehende unmittelbare Verwendung nicht Voraussetzung der Klage aus der nützlichen Verwendung sein sollte, dies an anderer Stelle unzweideutigen Ausdruck gefunden hätte.

Das soll der Fall sein. Es wird geltend gemacht, das A.L.R. enthalte Bestimmungen, welche den Willen des Gesetzgebers positiv offenbaren, auch im Falle mittelbaren Ueberganges eines Vermögensstückes aus dem Vermögen des Versionsklägers in das des Versionsbeklagten die Klage aus der nützlichen Verwendung zuzulassen. Die §§ 275, 276 in ihrer Verbindung mit §§ 272—273 werden zum Beweis dessen in Bezug genommen; sie sollen das allgemeine Prinzip klar legen:

> „daß der Anspruch aus der nützlichen Verwendung nicht nur im Falle des unmittelbaren, sondern auch im Falle des mittelbaren Ueberganges eines Vermögensstückes (beziehungsweise Werthes) statthaft, daß aber in letzterem Falle (zur Bestimmung der wesentlichen Klaggrundmomente der nicht freigewollten Vermögensminderung einerseits und der entsprechenden rechtsgrundlosen Bereicherung andererseits) auf die Bedeutung aller konkreten Umstände und das Wesen der aus denselben resultirenden Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien und den Zwischenpersonen zu rücksichtigen sei, durch welche sich der unmittelbare Uebergang vermittelt hat."

Die §§ 275, 276 haben den Fall zum Gegenstande, daß eine nützliche Verwendung bereits stattgefunden hat, und daß, nachdem die nützliche Verwendung stattgefunden, die verbesserte Sache zum Eigenthum in das Vermögen eines Dritten übergegangen ist, sei es, daß der Dritte das Eigenthum durch einen lästigen Vertrag erworben, oder unentgeltlich überkommen hat.

Hieraus ergiebt sich zunächst, daß § 276 eine Ausnahmebestimmung ist. Die Regel für die Klage aus der nützlichen Verwendung bildet, daß der Bereicherte die Zuwendung ohne Rechtsgrund empfangen hat. § 276 aber unterstellt, daß der Dritte, welcher in Anspruch genommen werden darf, auf Grund Rechtens Eigenthümer der verbesserten Sache geworden ist. Dies ergiebt nicht allein die Verbindung der §§ 275, 276, sondern folgt auch daraus, daß der Dritte, wenn auch unentgeltlich, Eigenthum überkommen haben soll.

Will man dem § 276 selbst die Bedeutung beilegen, daß er

auf Fälle des Erwerbes auf Grund Rechtens nicht beschränkt ist, so bezieht er sich doch jedenfalls auch auf diese. Es handelt sich daher immer um eine Ausnahmebestimmung. Sollte es gestattet sein, aus einer Ausnahmebestimmung das von der Urtheilsbegründung formulirte Prinzip zu entnehmen?

Weiter aber ergeben die §§ 275, 276, daß es sich um einen mittelbaren Uebergang aus dem Vermögen des Versionsklägers in das des Versionsbeklagten im Sinne der Streitfrage nicht handelt. Im Sinne der Streitfrage liegt ein mittelbarer Uebergang dann vor, wenn die Mittelsperson das Objekt in eigenem Namen vertragschließend erworben hat, Eigenthümer geworden ist und demnächst dem Vermögen des Dritten zuführt. In den Fällen der §§ 275, 276 hat die Mittelsperson das Objekt ohne Rechtsgrund empfangen (denn es heißt in dem § 275 „nach der Verwendung"), und demnächst darüber verfügt. Die Verwendung ist nicht als aus dem Vermögen der Mittelsperson in das des Dritten erfolgt anzusehen; dieselbe besaß ohne Rechtsgrund, während andererseits der Versionskläger sich seines Rechtes an dem Verwendeten durch Vertrag nicht begeben hatte. Der wesentliche Unterschied der Fälle ergiebt sich auch aus der Verschiedenartigkeit der zu verfolgenden Ansprüche. In dem Falle des § 276 hat der Versionskläger gegen die Mittelsperson einen Anspruch aus der nützlichen Verwendung und ist berechtigt, einen gleichartigen Anspruch gegen den Dritten geltend zu machen. Hat der Versionskläger das demnächst in das Vermögen des Dritten Uebergegangene der Mittelsperson durch Vertrag übereignet, so hat er gegen die letztere die Vertragsklage, und sollte er gegen den Dritten zur Versionsklage berechtigt sein, so wäre dies ein völlig verschiedener Anspruch.

Hiernach darf wohl bezweifelt werden, daß die §§ 275, 276 den Willen des Gesetzgebers im Sinne der Urtheilsbegründung klar legen.

Was ferner den § 277 betrifft, so soll nach dieser Vorschrift alles, was in den vorstehenden Paragraphen von nützlicher Verwendung verordnet ist, nur in dem Falle gelten, wenn kein rechtlicher Vertrag unter den Parteien vorhanden ist. Werden unter „Parteien" nur die in §§ 262 bis 264 bezeichneten Geber und Empfänger verstanden, so würde der Gesetzgeber über das Rechtsverhältniß keine Bestimmung getroffen haben, in welchem eine gewaltfreie Mittelsperson in eigenem Namen vertragschließend aufgetreten ist. Dieses Schweigen aber, welches

um so auffallender sein würde, als über das Rechtsverhältniß, falls nach der Verwendung über die verbesserte Sache durch Vertrag verfügt ist, Vorschriften gegeben sind (§§ 275, 276), dürfte zu dem Schlusse berechtigen, daß der Gesetzgeber ein solches Rechtsverhältniß als in dem Bereich der nützlichen Verwendung liegend nicht angesehen hat. Da im Falle eines solchen Vertragsverhältnisses dem Versionskläger, sofern er zur Klage aus der nützlichen Verwendung berechtigt sein soll, neben der Klage aus dem Vertrage eine anderweite Klage gegen einen Dritten gegeben sein würde, in den allgemeinen Bestimmungen über Verträge sich dafür aber keine Andeutung findet, wäre doch alle Veranlassung gewesen, bei den Vorschriften über nützliche Verwendung ausdrücklich auszusprechen, daß neben der Vertragsklage die Klage aus der nützlichen Verwendung statthaft sein soll. Eine solche Lücke ist nicht vorhanden, wenn davon ausgegangen wird, daß die Klage aus der nützlichen Verwendung von der unmittelbaren Verwendung aus dem Vermögen des Versionsklägers in das des Versionsbeklagten abhängig ist.

Wenn sodann das billige Rechtsgefühl für das aus den §§ 275, 276 entnommene allgemeine Prinzip in Betracht gezogen wird, so drängt sich die Frage auf, weshalb der Vertragschließende in dem Falle, daß sein Kontrahent eine Sache für einen Anderen erwirbt und verwendet, günstiger gestellt sein soll, als andere Vertragschließende. Auf das billige Rechtsgefühl ein besonderes Gewicht zu legen, möchte doch bedenklich erscheinen.

Die Begründung des Urtheils endlich läßt es dahingestellt, ob § 267 A.L.R. I. 13 (wie Dernburg, Preuß. Privatrecht B. II. § 253 Note 7, S. 673 es versucht) stringent dafür zu verwerthen ist, daß der Gesetzgeber seinen Willen positiv offenbart hat, die Klage aus der nützlichen Verwendung, auch wenn die Verwendung nicht unmittelbar aus dem Vermögen des Versionsklägers in das des Versionsbeklagten erfolgt ist, nicht auszuschließen. Da dies jedoch nur dahingestellt gelassen wird, so möge daran eine Bemerkung geknüpft werden. Dernburg sagt an jener Stelle, das A.L.R. selbst stimme mit dieser (des Ober-Tribunals) Auffassung nicht überein „vergl. z. B. § 267". Weshalb diese Bestimmung mit jener Auffassung nicht übereinstimmt, wird nicht näher begründet, andere Bestimmungen, welche dies darthun sollen, sind nicht bezeichnet. § 267 lautet:

„Hat der, in dessen Nutzen etwas verwendet sein soll, die Sache nicht selbst übernommen, oder ist er ein solcher, den die Gesetze in der Fähigkeit über sein Vermögen zu verfügen, einschränken: so muß, wenn für die nicht mehr vorhandene Sache Ersatz gefordert wird, die wirklich geschehene Verwendung nachgewiesen werden."

Aus dieser Bestimmung geht allerdings hervor, daß die Klage aus der nützlichen Verwendung auch statthaft ist, wenn der Bereicherte die Zuwendung nicht selbst übernommen hat, also z. B. wenn in dem Falle des § 129 A.L.R. II. 2 unter bestimmten Voraussetzungen Lebensbedürfnisse des Kindes befriedigt sind. Hierin liegt aber nicht ein Uebergang des Verwendeten in das Vermögen der Mittelsperson und aus diesem in das des Vaters. Aus dem „nicht selbst übernehmen" ergiebt sich, daß der Bereicherte das in sein Vermögen Verwendete nicht selbst in Empfang genommen zu haben braucht. Daß aber § 267 auf einen Fall zu beziehen wäre, in welchem das Verwendete zunächst in das Vermögen der Mittelsperson und aus diesem in das des Bereicherten übergegangen ist, will nicht einleuchten.

2. Auch die Begründung des Urtheils des I. Hülfssenats (Entsch. Nr. 60 S. 159) giebt zu Bedenken Anlaß.

Es wird ausgeführt:

Die Klage aus der nützlichen Verwendung finde auch statt, wenn durch die Handlung eines Dritten eine Verwendung in das Vermögen des Versionsbeklagten erfolgt ist; es frage sich, unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sei; das A.L.R. nehme den gemeinrechtlichen Standpunkt ein, wonach die Versionsklage in allen Fällen stattfinde, in welchen der gewaltfreie Vertent in Angelegenheiten des Versionsbeklagten thatsächlich oder rechtlich gehandelt, also dem gerens die actio mandati oder negotiorum gestorum contraria zustehe; habe der Vertent in dieser Weise gehandelt, so sei die Thatsache der nützlichen Verwendung davon unabhängig, in welcher Weise das Eigenthum der vertirten Sache auf den Versionsbeklagten übergegangen sei.

Und dann heißt es wörtlich:

„Es kann für die Thatsache der nützlichen Verwendung unmöglich einen Unterschied machen, ob derjenige, welcher eine

Sache für Rechnung eines Anderen kauft, in eigenem Namen oder im Namen des Machtgebers gehandelt hat, ob also der Machtgeber das Eigenthum der Sache im ersten Falle schon durch die Tradition an den Bevollmächtigten, im zweiten Falle erst dadurch erwirbt, daß der Bevollmächtigte seiner gesetzlichen Pflicht (A.L.R. I. 13 §§ 62 und 68) gemäß die Uebergabe an den Machtgeber bewirkt. In beiden Fällen hat die nützliche Verwendung in das Vermögen des beklagten Prinzipals, soweit solche vorliegt, mit dem Schaden, also aus dem Vermögen des Versionsklägers stattgefunden."

An diese Ausführung knüpfen sich mehrfach Zweifel. Wäre es für das landrechtliche Gebiet richtig, daß die Klage aus der nützlichen Verwendung in allen Fällen stattfinde, in welchen die actio mandati contraria dem Bevollmächtigten zusteht, dann hätte derjenige, welcher mit dem gehörig legitimirten Bevollmächtigten den Vertrag geschlossen, gegen den Machtgeber die Klage aus dem Vertrage und auch die Klage aus der nützlichen Verwendung. Sollte das gemeint sein? Sollte ferner die Aufstellung, daß, wenn der Vertent in Angelegenheiten des Versionsbeklagten handelt, die Thatsache der nützlichen Verwendung davon unabhängig ist, in welcher Weise das Eigenthum der vertirten Sache auf den Versionsbeklagten übergegangen ist, nicht eines Nachweises bedürfen, sofern es sich fragt, ob der Versionskläger auf Grund der §§ 262 ff. I. 13 zur Klage aus der nützlichen Verwendung berechtigt ist? Es handelt sich ja nicht darum, ob der Versionsbeklagte bereichert ist und für den ihm zugewendeten Vortheil haften muß, sondern darum, wer berechtigt ist, ihn in Anspruch zu nehmen.

Dasjenige, was angeführt wird, um darzuthun, daß es für die Thatsache der nützlichen Verwendung keinen Unterschied macht, in welcher Weise der Versionsbeklagte das Eigenthum der vertirten Sache überkommen hat, möchte zur Rechtfertigung der getroffenen Entscheidung in überzeugender Weise nicht beitragen. Es soll gleichgültig sein, ob der Bevollmächtigte in eigenem Namen oder im Namen des Machtgebers gekauft hat, wenn dies für Rechnung des letzteren geschieht. Allein weder in dem einen noch in dem anderen Falle erscheint der Verkäufer zur Klage aus der nützlichen Verwendung gegen den Machtgeber befugt. Hat der Bevollmächtigte im Namen des Machtgebers kontrahirt, so haftet der Machtgeber aus dem Vertrage, wie

§ 85 I. 13 vorschreibt. Die Vertragsklage schließt aber nach § 277 eod. die Klage aus der nützlichen Verwendung aus. Hat der Bevollmächtigte in eigenem Namen statt im Namen des Machtgebers kontrahirt und ist Eigenthümer der Sache geworden, so entscheidet § 154 eod. Nach dieser Vorschrift kann der Verkäufer nur von seinem Kontrahenten Erfüllung verlangen. Daß er daneben das Recht haben sollte, mit der Versionsklage die verkaufte Sache oder Vergütung des Werthes von dem Machtgeber zu verlangen, hätte doch mindestens angedeutet werden müssen; es hätte doch mindestens angedeutet werden müssen, ob er ein Wahlrecht zwischen der Vertragsklage gegen den Bevollmächtigten und der Versionsklage gegen den Machtgeber habe, oder ob die eine oder die andere nur eine subsidiäre sein solle. Eine solche Andeutung findet sich nicht.

Die Schlußfolgerung sodann: in beiden Fällen habe die nützliche Verwendung in das Vermögen des belangten Prinzipals, soweit solche vorliegt, mit dem Schaden, also aus dem Vermögen des Versionsklägers stattgefunden, erscheint bedenklich. Wenn der Verkäufer gegen den in eigenem Namen kontrahirenden Bevollmächtigten die Klage auf Erfüllung hat, so ist er zunächst nicht beschädigt; von einem Schaden könnte erst die Rede sein, wenn sich ergeben hat, daß der Bevollmächtigte zu erfüllen, beziehungsweise zu entschädigen außer Stande ist. Der Versionsbeklagte aber hat aus dem Vermögen des Versionsklägers nichts erlangt, denn, wenn der Letztere die Sache dem Bevollmächtigten verkauft und übergeben, und dieser Eigenthümer der Sache geworden ist, hat der Machtgeber die Sache aus dem Vermögen des Bevollmächtigten, nicht aus dem Vermögen des Versionsklägers überkommen, welcher das Eigenthum der Sache aufgegeben und an Stelle dessen das Recht auf Erfüllung des Kaufvertrages gegen den Käufer erlangt hat.

Beide in Betracht gezogene Fälle endlich setzen ein Mandatsverhältniß voraus. Die Ausführung trifft den Fall der negotiorum gestio nicht. Der Versionsbeklagte würde von der Mittelsperson, welche in keinem Mandatsverhältniß zu ihm stehend eine Sache in eigenem Namen gekauft hat, die Herausgabe derselben zu verlangen nicht berechtigt sein. Ob im Uebrigen nach der mitgetheilten Sachdarstellung in dem entschiedenen Rechtsstreite ein Mandatsverhältniß vorlag, darf dahingestellt bleiben.

---

## 24.

## Zur Auslegung des § 13 Nr. 3 des preußischen Gesetzes vom 2. Juli 1875, betreffend die Anlegung und Veränderung der Straßen und Plätze in Städten und ländlichen Ortschaften, G.S. 1875 S. 561 ff.

Von Herrn Reichsgerichtsrath Schwarz in Leipzig.

---

Der § 13 des gedachten Gesetzes bestimmt:

Eine Entschädigung kann ..... wegen Entziehung oder Beschränkung des von der Festsetzung neuer Fluchtlinien betroffenen Grundeigenthums nur in folgenden Fällen gefordert werden:

1) wenn die zu Straßen und Plätzen bestimmten Grundflächen auf Verlangen der Gemeinde für den öffentlichen Verkehr abgetreten werden;
2) wenn die Straßen- oder Baufluchtlinie vorhandene Gebäude trifft und das Grundstück bis zur neuen Fluchtlinie von Gebäuden freigelegt wird;
3) wenn die Straßenfluchtlinie einer neu anzulegenden Straße ein unbebautes, aber zur Bebauung geeignetes Grundstück trifft, welches zur Zeit der Feststellung dieser Fluchtlinie an einer bereits bestehenden und für den öffentlichen Verkehr und den Anbau fertig gestellten anderen Straße belegen ist, und die Bebauung in der Fluchtlinie der neuen Straße erfolgt.

Nach Nr. 3 dieses Paragraphen klagte der Eigenthümer eines unbebauten, jedoch zur Bebauung geeigneten, an einer für den öffentlichen Verkehr und den Anbau fertigen Straße belegenen Grundstücks, welches durch die Straßenfluchtlinie einer nach dem festgestellten und offengelegten Bebauungsplane neu anzulegenden Querstraße ganz getroffen wurde, auf Anerkennung der Fälligkeit seines Entschädigungsanspruchs.

Die beklagte Gemeinde entgegnete, daß die Fälligkeit erst eintrete, wenn die Abtretung des Grundstücks für den öffentlichen Verkehr verlangt werden würde, Nr. 1 § 13 a. a. O.

Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen.

Die Entscheidung hing von der Auslegung der Nr. 3 des

§ 13 ab, namentlich des letzten Satzes: „und die Bebauung in der Fluchtlinie der neuen Straße erfolgt."

Es kamen in dem Rechtsstreite verschiedene Auffassungen dieser Vorschrift zur Sprache:

A) Der fragliche Schlußsatz beziehe sich auch auf die gänzliche Inanspruchnahme eines Grundstücks zu einer neu anzulegenden Straße. Aus diesem Gesichtspunkte wurde der Satz

1) von einer Seite dahin verstanden, daß er eine Bebauung in der Fluchtlinie der neuen Straße, bezw. an derselben, überhaupt erfordere.

2) Eine andere Ansicht nahm dagegen an: der Satz stelle das Erforderniß auf, daß der Eigenthümer des durch die Fluchtlinie der neuen Straße betroffenen Grundstücks dasselbe an der schon bestehenden Straße, und zwar gerade auf der zu der neuen Straße bestimmten Fläche, bebaue. Da aber nach § 11 des Gesetzes die Bebauung der zur Straße bestimmten Fläche nach Offenlegung des Plans nicht mehr erfolgen könne, so müsse die Bebauung in dem Zeitpunkte der Offenlegung des Bebauungsplanes geschehen. Da ferner der Bericht der Kommission des Abgeordnetenhauses bei Berathung des Gesetzes ergebe, daß entscheidendes Gewicht darauf gelegt worden, ob der Eigenthümer zur Zeit der Offenlegung des Plans seine Absicht, die zur neuen Straße bestimmte Fläche als Bauplatz zu benutzen, durch die That beweise, so müsse der Eigenthümer zur Zeit der Offenlegung des Plans mit der Bebauung der Fläche bereits begonnen haben.

B) Der Satz betreffe lediglich den Fall, wenn ein Grundstück durch die Straßenfluchtlinie derart geschnitten werde, daß das Restgrundstück nach den baupolizeilichen Vorschriften des Orts zur Bebauung noch geeignet sei, und wenn auf dem Restgrundstücke in der Fluchtlinie der neuen Straße eine Bebauung erfolge. Aus diesem Standpunkte wurde für den Fall der gänzlichen Inanspruchnahme eines Grundstücks gefolgert:

1) nach einer Meinung: die Nr. 3 sei nicht anwendbar, weil das Gesetz diesen Fall nicht erwähne; derselbe müsse nach Nr. 1 beurtheilt werden.

2) Die entgegengesetzte Ansicht hielt das Nichterwähnen für un-

erheblich. Das Gesetz sei nach dessen Absicht ergänzend auszulegen, und demnach die Fälligkeit mit der Offenlegung des Plans für eingetreten anzunehmen.

Bei der Entscheidung der Sache war in zweiter Instanz die Ansicht B. 1, in letzter Instanz A. 2 maßgebend. Als richtig erscheint die Ansicht B. 2.

Die verschiedenen Deutungen sind durch die ungenaue und lückenhafte Fassung des Gesetzes veranlaßt.

Die Entstehungsgeschichte ergiebt sich aus den Drucksachen des Hauses der Abgeordneten, Anlagen zu den stenographischen Berichten, 1875 Bd. 1 Nr. 23 und Bd. 3 Nr. 279.

Die Nr. 3 des § 13 fehlte in dem Regierungsentwurfe; sie beruht auf Antrag der Kommission des Abgeordnetenhauses. In dem Berichte dieser Kommission zu § 13 heißt es:

> Bei der Entschädigungsfrage kommt es nicht sowohl auf logische Schlüsse aus vorhandenen gesetzlichen Vorschriften, als auf ein billiges Abwägen der Berechtigungen an, welche den streitenden Interessen beiwohnen. Der Satz, daß das Eigenthum frei, also die Verfügung darüber unbehindert sein soll, kämpft mit dem berechtigten Verlangen der Gemeinde, daß ihre grundbesitzenden Einwohner nicht aus neuen wirthschaftlichen Einrichtungen, welche die Allgemeinheit im Interesse Aller trifft, für sich ungebührlichen Vortheil herleiten, indem sie zugleich derselben Allgemeinheit ungemessenen Schaden zufügen. Sucht man diesen Streit durch ein Kompromiß zu schlichten, so wird man von selbst auf die Sätze kommen, daß eine Entschädigung nur erfolgt, wenn es sich um durch neue Fluchtlinien betroffene Gebäude handelt, nicht aber bei unbebauten Grundstücken. Letztere können bis zur Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr von dem Eigenthümer ebenso wie bisher benutzt werden. Eine *Ausnahme* von dieser Regel tritt aber ein, *wenn ein Grundstück von einer bereits bestehenden und nach den öffentlichen Vorschriften für den Verkehr fertig gestellten Straße liegt und dann von einer neu projektirten Querstraße getroffen wird.* Hier handelt es sich um eine Grundfläche, die vom Eigenthümer mit Recht als Bauplatz anzusehen war. Diese Eigenschaft wird ihr nunmehr ganz *oder* zum Theil

genommen. Man wird nicht verlangen können, daß der Eigenthümer ohne Entschädigung abwartet, bis die Gemeinde ihr Projekt verwirklicht und ihm dann den Preis für die abzutretende Fläche zahlt. Diese Erwägungen haben dahin geführt, den Entschädigungsfällen den unter 3 formulirten anzureihen.

Nach Besprechung eines anderen Antrages heißt es im Bericht weiter:

„Besagen die bisher erörterten Sätze, daß in bestimmten Fällen eine Entschädigung zu leisten, so folgt nun die Frage, wann eine solche zu fordern ist. Der Regierungsentwurf giebt zur Antwort: dann, wenn wegen der neuen Fluchtlinie der Wiederaufbau von Gebäuden in den früheren Grenzen oder der Ausbau innerhalb der alten Fluchtlinie versagt wird. In der Kommission ward von einer Seite diese Bestimmung vertheidigt und der Wunsch hinzugefügt, daß vorläufig nur eine Rente gewährt, die Zahlung der vollen Entschädigung aber bis dahin ausgesetzt werde, wo die Grundfläche wirklich in Anspruch genommen werde. Die Mehrheit der Kommission ging indeß davon aus, es komme nicht darauf an, daß der Grundeigenthümer sage, er wolle bauen, sondern daß er dies durch die That beweise. Sonst habe er es lediglich in der Hand, selbst den Zeitpunkt der Entschädigung willkürlich herbeizuführen. Er brauche nur, wie das vielfach geschehen, einen Baukonsens nachzusuchen, von dem er sicher sei, daß er ihm nicht ertheilt werde. Aus dieser Erwägung ging die Fassung der Schlußworte in den Nr. 2 und 3 hervor."

Gewiß ist die Begründung dieses letzten Theils des Berichts nicht ohne Lücken. Aus dem mitgetheilten Berichte im Ganzen erhellt aber, in Uebereinstimmung mit den Worten des Gesetzes, als die allgemeine nothwendige Voraussetzung (conditio juris) für den Entschädigungsanspruch nach Nr. 3:

daß das getroffene unbebaute, aber zur Bebauung geeignete Grundstück zur Zeit der Feststellung der Straßenfluchtlinie einer neu anzulegenden Straße an einer bereits bestehenden und für den öffentlichen Verkehr und den Anbau fertig gestellten anderen Straße belegen ist.*)

---

*) Entsch. des Ob.-Trib. Bd. 80. S. 44, 45.

Der fragliche Schlußsatz bezieht sich auf die Fälligkeit der Entschädigung, auf das „wann", wie der Kommissionsbericht sagt. Und zwar auf einen besonderen Fall der Fälligkeit; auf die gänzliche Inanspruchnahme eines Grundstücks zu einer neu anzulegenden Straße kann er nicht Anwendung finden.

Die Ansicht A. 1 ist jedenfalls unrichtig. Sie macht den Eintritt der Entschädigungspflicht von Zufälligkeiten, von Handlungen Dritter, abhängig. Die Motive ergeben, daß man nur an die Bebauung seitens des Eigenthümers des betroffenen Grundstücks, an dessen „That", gedacht hat.

Die Ansicht A. 2 erscheint mit dem Wortlaute des streitigen Satzes und dem Sinne des Bebauungsgesetzes nicht vereinbar. Die Fluchtlinien bilden nach § 1 des Gesetzes die Grenzen, über welche hinaus eine Bebauung ausgeschlossen ist. Und nach § 11 tritt mit dem Tage der Offenlegung des Plans die gesetzliche Beschränkung des Grundeigenthümers ein, daß Neu-, Um- und Ausbauten über die Fluchtlinie hinaus versagt werden können. Unter den Worten des Satzes in Rede: „Bebauung in der Fluchtlinie der neuen Straße" läßt sich daher nicht eine Bebauung gerade auf der zur neuen Straße bestimmten Fläche verstehen, sondern nur eine solche, welche einer Versagung nach dem Bebauungsgesetze nicht unterliegt. Mit dieser unhaltbaren Auffassung fallen die darauf sich stützenden Sätze: die Bebauung müsse in dem Zeitpunkte der Offenlegung des Bebauungsplans geschehen, ja schon begonnen haben. Sie beruhen auf einem Fehlschlusse aus § 11 des Gesetzes und einer nicht richtigen Deutung des Kommissionsberichts. Die Annahme, daß bei Offenlegung des Plans mit der Bebauung (gemäß Baukonsens) begonnen sein müsse, ist mit der gesetzlichen Voraussetzung des Unbebautseins des Grundstücks nicht in Einklang zu bringen. Ein bereits begonnener Bau, dessen Fortsetzung nach § 11 versagt werden kann, ist nicht eine im Gesetz gemeinte Bebauung, welche der Eigenthümer zur Herbeiführung der Fälligkeit seines Entschädigungsanspruchs ins Werk setzt. Da oft Jahrzehnte vergehen, bevor eine Gemeinde mit der Herstellung der neuen Straße für den öffentlichen Verkehr wirklich beginnt, und in den wenigsten Fällen der Eigenthümer zur sofortigen Bebauung veranlaßt oder im Stande sein wird, hat die streitige Vorschrift gerade eine Bebauung erst nach dem gedachten Zeitpunkte im Auge.

Es muß hiernach der Ansicht unter B. beigetreten werden, daß der fragliche Satz sich auf eine Bebauung des nach dem Schneiden des ganzen Grundstücks von der Fluchtlinie nicht betroffenen Theils desselben bezieht. Die Kommission des Abgeordnetenhauses hat in ihrem Bericht nur den Fall hervorgehoben, welcher nach der Meinung, daß die Versagung des Bauens nicht unter allen Umständen den Entschädigungsanspruch fällig mache, zweifelhaft sein konnte. Das Verlangen, daß der Eigenthümer den Willen zu bauen durch die That beweisen solle, setzt selbstredend das Freibleiben eines zur Bebauung noch geeigneten Theils des Grundstücks voraus. Nur dieser Fall ist Gegenstand eines besonderen Kommissionsbeschlusses gewesen, welcher in dem — vom Standpunkte der Gesetzgebung hier nicht zu beurtheilenden — Schlußsatze Ausdruck gefunden hat. Der Fall, wenn ein Grundstück ganz oder so weit von der Fluchtlinie betroffen wird, daß der Rest nach den baupolizeilichen Vorschriften zur Bebauung nicht mehr geeignet erscheint, ist im Gesetze nicht erwähnt. Daraus läßt sich aber keineswegs folgern, daß, wenn er vorhanden, die Fälligkeit erst gemäß Nr. 1 eintritt. Die Nichterwähnung dieses Falles, oder eine auf ihn hindeutende Fassung des Schlußsatzes, ist offenbar nur übersehen worden. Der erste Theil des Kommissionsberichts gedenkt auch der gänzlichen Inanspruchnahme. Man hat es für selbstverständlich gehalten, daß in einem solchen Falle die Entschädigung mit Offenlegung des Planes fällig wird. Die Annahme der Fälligkeit in diesem Zeitpunkte ist ein nothwendiger Folgesatz aus der oben hervorgehobenen allgemeinen Voraussetzung eines Anspruchs gemäß Nr. 3. Die Schlußworte sind nur ein, für einen besonderen Fall gegebener Anwendungssatz, welcher den aus dem Gesetz überhaupt zu ziehenden Folgerungen nicht entgegensteht. Das Gesetz bezweckt unter Nr. 3 eben eine Abweichung von der Entstehungszeit der Forderung nach Nr. 1. Die Abweichung ist eine bedingte, wenn der Eigenthümer auf dem nicht betroffenen Grundstückstheile bauen kann; sie ist eine unbedingte, wenn ihm eine Bebauung unmöglich ist.

Eine andere Auffassung würde auch mit dem Grunde in Widerspruch treten, worauf nach dem Inhalte des Gesetzes und den Motiven der § 13 beruht. Dieser Grund ist: daß die durch die Festsetzung neuer Fluchtlinien betroffenen Eigenthümer sich nicht auf Kosten der Gemeinde bereichern, andererseits aber auch nicht wirklich

geschädigt werden sollen. Es würde gegen die Absicht des — die Entschädigungsrechte der Eigenthümer ohnedies erheblich einengenden — Gesetzes eine nicht zu rechtfertigende Beeinträchtigung der durch die Fluchtlinie ganz betroffenen Eigenthümer enthalten, wenn dieselben aufs Unbestimmte bis in ferne Zeit ohne Entschädigung in der freien Benutzung ihrer Grundstücke gehindert, bezw. zu einer Benutzung genöthigt werden könnten, welche der Eigenschaft und dem Werthe als Bauplatz nicht entspräche.

Hiernach muß die Ansicht B. 1 verworfen, dagegen die Ansicht unter B. 2 für richtig erachtet und demgemäß die lückenhafte gesetzliche Vorschrift ergänzt werden.

Zu bemerken ist noch:

1) Für die Ansicht B. 2 ist in dem erwähnten Rechtsstreite auf das vorletzte Alinea des § 13 Bezug genommen, welches lautet:

> In allen obengedachten Fällen kann der Eigenthümer die Uebernahme des ganzen Grundstücks verlangen, wenn dasselbe durch die Fluchtlinie entweder ganz oder soweit in Anspruch genommen wird, daß das Restgrundstück nach den baupolizeilichen Vorschriften des Orts nicht mehr zur Bebauung geeignet ist.

Daraus läßt sich jedoch für die Fälligkeitsfrage kein entscheidender Grund herleiten. Das Alinea ist, wie die Motive ergeben, lediglich eine Anwendung des § 9 des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 auf die Fälle nach § 13. Es betrifft eine Zerstückelung des Grundstücks; das „ganz in Anspruch genommen werden" bezieht sich auf die Baufluchtlinie. Die Vorschrift setzt die Fälligkeit voraus.

2) Unerörtert bleibt hier:

a) ob die Geltendmachung eines nach der Ansicht B. 2 mit der Offenlegung des Plans an sich fälligen Entschädigungsanspruchs ein vorheriges Versagen einer Bebauung (§ 11 des Gesetzes) erfordert;*)

b) welche weitere Bedeutung dem Schlußsatze der Nr. 3 § 13 beizulegen ist, wenn man von der oben als richtig dargelegten Auffassung ausgeht, ob derselbe namentlich sich nur

*) Vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 23 S. 52, 44.

auf ein derartiges Geschnittenwerden des Grundstücks durch die neue Straßenfluchtlinie bezieht, daß das Restgrundstück nicht mehr an der schon bestehenden Straße, in der alten Fluchtlinie, sondern bloß in der Fluchtlinie der neuen Straße bebaut werden kann.

---

## 25.

## Findet § 332 Abs. 1 der C.P.O. auch Anwendung, wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht stattfinden soll?

Von Herrn Landrichter Fischer in Conitz.

---

§ 332 Abs. 1 der Civilprozeßordnung bestimmt konform dem Entwurf § 322:

„Erscheint eine Partei oder erscheinen beide Parteien in dem Termine zur Beweisaufnahme nicht, so ist die Beweisaufnahme gleichwohl insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen kann."

Bereits in der Reichstags-Kommission wurde die Frage:

ob diese Bestimmung sich nur auf die Beweisaufnahme vor dem beauftragten und ersuchten Richter beziehe oder auch auf diejenige vor dem Prozeßgericht,

angeregt und von dem Direktor im Reichskanzleramt v. Amsberg dahin beantwortet:

die Bestimmung betreffe auch den Fall der Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht; sie bezwecke, den Zeugen und Sachverständigen eine unnöthige Wiederholung des Weges zum Gericht zu ersparen. Aus Nützlichkeitsgründen sei, selbst wenn Kontumazial-Anträge gestellt würden, die Erhebung des Beweises rathsam; allerdings sei der praktische Werth derselben dann dadurch bedingt, daß Einspruch erhoben werde.

Nachdem hierauf noch der Abgeordnete Struckmann bemerkt hatte:

Abs. 1 rechtfertige sich durch die Erwägung, daß die anfänglich ausbleibende Partei möglicherweise noch während oder nach der Beweisaufnahme, aber vor der sich daran anknüpfenden mündlichen Verhandlung, also rechtzeitig, erscheinen könne, —

wurde der Paragraph unverändert angenommen

(Protokolle S. 125, Hahn, Materialien zur Civilprozeßordnung S. 624).

Unter Berufung auf diese Verhandlungen in der Reichstags-Kommission und unter Wiederholung der dabei geltend gemachten Argumente wird in den Kommentaren (z. B. Struckmann und Koch, Lothar Seuffert, Wilmowski und Levy zu § 332) gelehrt: § 332 Abs. 1 bezieht sich auch auf die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht.

Diese Ansicht hat jetzt auch in dem Beschlusse des **Reichsgerichts** vom 20. März 1880,

(Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 1 S. 238)

Billigung gefunden. Das Reichsgericht hatte über eine gemäß § 301 C.P.O. erhobene sofortige Beschwerde des Berufungsklägers zu entscheiden, welcher in dem vor dem Berufungsgericht anstehenden Termine zur Beweisaufnahme gegen den ausgebliebenen Berufungsbeklagten Kontumazial-Anträge gestellt hatte; das Berufungsgericht hatte diese Anträge zurückgewiesen und beschlossen, die Beweisaufnahme zu bewirken. [1])

Das Reichsgericht hat die Beschwerde als unbegründet verworfen und in der Begründung seines Beschlusses zunächst ausgeführt:

daß der Beweisaufnahmetermin vor dem Prozeßgericht nach § 335 Abs. 1 zwar zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt sei, daß er diesen Karakter aber erst nach wirklich erfolgter Beweisaufnahme annehme; denn das Gesetz spreche von dem Termine, „in welchem die Beweisauf-

---

[1]) Ueber den weiteren Verlauf der Verhandlung vor dem Berufungsgericht ist nichts mitgetheilt. Zulässigerweise konnte nur entweder ein kontradiktorisches Urtheil erlassen werden, wenn nämlich der Berufungsbeklagte noch vor Schluß der Verhandlung erschien, oder ein Versäumnißurtheil nach erfolgter Beweisaufnahme, wenn dies nicht der Fall war. Im letzteren Falle wäre die Beschwerde des Berufungsklägers gegenstandslos geworden; in ersterem Falle wäre die Zurückweisung der Beschwerde gerechtfertigt, jedoch u. E. nicht durch § 332, sondern durch § 197 Abs. 2: „Der Termin ist von einer Partei versäumt worden, wenn sie bis zum Schlusse desselben nicht verhandelt." Für die Anwendung dieser Bestimmung kommt es offenbar nur auf den thatsächlichen Schluß des Termins, nicht aber darauf an, ob durch unnöthige Verhandlungen der Schluß des Termins verzögert worden ist. — Wäre unzulässigerweise trotz der Abwesenheit des Berufungsbeklagten ein kontradiktorisches Endurtheil unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme ergangen, so wäre dasselbe allerdings nicht mehr im Wege der sofortigen Beschwerde, sondern nur durch Einlegung des ordentlichen Rechtsmittels zu beseitigen gewesen.

nahme stattfinde," nicht schlechtweg von demjenigen, welcher zur Beweisaufnahme bestimmt sei.

Sodann heißt es in der Begründung weiter:

„Aus der Stellung der §§ 332 und 333 zwischen den §§ 326 bis 331 und dem § 334, welche sämmtlich nur von der Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, beziehungsweise im Auslande handeln, und zu denen im Gegensatze dann der § 335 von dem Falle der vor dem Prozeßgericht erfolgenden Beweisaufnahme zu reden anhebt, könnte man freilich auf den ersten Blick schließen, daß auch die §§ 332 und 333 sich nur auf die Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter bezögen. Obwohl dies auch die Auffassung der Motive des Regierungs-Entwurfs ist, kann dieselbe indessen doch nicht gebilligt werden, wie auch der Regierungs-Vertreter in der Reichstags-Kommission anerkannt hat; denn die Worte der §§ 332 und 333, für sich betrachtet geben keinen Anhalt für jene einschränkende Auslegung, während auch aus inneren Gründen die daselbst getroffenen Bestimmungen auch im Falle der Beweisaufnahme von dem Prozeßgerichte nicht wohl zu entbehren sind."

Es läßt sich nicht verkennen, daß insbesondere der Wortlaut und die allgemeine Fassung der §§ 332 und 333 für die Ansicht des Reichsgerichts sprechen, und daß gegen eine einschränkende Auslegung noch darauf verwiesen werden kann, daß die §§ 326—331 und § 334 stets ausdrücklich von der Beweisaufnahme vor dem beauftragten und ersuchten Richter oder im Auslande sprechen, und es nahe gelegen haben würde, diese Beschränkung, wenn sie beabsichtigt gewesen wäre, auch in der Fassung der §§ 332 und 333 zum Ausdruck zu bringen.

Allein trotzdem lassen sich Bedenken gegen die Ansicht des Reichsgerichts und Gründe für die entgegengesetzte Auffassung geltend machen.

Der Beschluß des Reichsgerichts hat — wie vorweg zu bemerken ist — nur die Frage beantwortet: ob die erschienene Partei sofort das Versäumnißurtheil beantragen kann, oder ob zunächst die Beweisaufnahme bewirkt werden muß; er schließt also nicht aus, daß nach erfolgter Beweisaufnahme Versäumnißurtheil ergehen kann, und berührt die Frage, welche Bedeutung das Ergebniß der Beweisaufnahme für die in demselben Termine ergehende Entscheidung haben kann, überhaupt nicht. In der That aber ist eine Beweisaufnahme, welche

vor dem Prozeßgericht in Abwesenheit einer oder beider Parteien erfolgt, sachlich und prozessualisch zunächst bedeutungslos.

Daß auch nach erfolgter Beweisaufnahme, sofern auch bei der nun folgenden Verhandlung eine Partei ausbleibt, auf Antrag der erschienenen Partei Versäumnißurtheil ergehen muß, ist nach § 335 Abs. 1 und § 297 C.P.O. zweifellos und in den oben mitgetheilten Verhandlungen der Reichstags-Kommission anerkannt. Dem Versäumnißurtheil aber könnten nur die in den §§ 295 und 296 für die erste und im § 504 für die zweite Instanz normirten Folgen der Versäumung zu Grunde gelegt werden, niemals aber das Ergebniß der stattgehabten Beweisaufnahme; der säumige Kläger müßte abgewiesen, der säumige Beklagte, wenn das thatsächliche Vorbringen des Klägers den Klageanspruch rechtfertigt, verurtheilt werden, selbst wenn die soeben stattgehabte Beweisaufnahme vollständig zu Gunsten der säumigen Partei ausgefallen wäre.[2])

Versäumnißurtheile werden nur auf Antrag erlassen. Es könnte sich daher fragen, ob § 332 dann in Betracht kommt, wenn die erschienene Partei einen Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils nicht stellt. Meyer (der Prozeßgang nach der C.P.O. und Gruchot Bd. 22 S. 13 und Anm. 5) ist der Ansicht, daß § 332 nur in diesem Falle in Betracht komme, daß dagegen die Beweisaufnahme unterbleibe, wenn Kontumazialanträge gestellt würden.

Allein, wenn damit gemeint ist, daß die nach § 332 zu bewirkende Beweisaufnahme für eine sofort zu treffende materielle Entscheidung von Bedeutung sein würde, wenn Kontumazialanträge nicht gestellt werden, so ist diese Ansicht entschieden unrichtig; soll aber damit nur gesagt sein, daß die Beweisaufnahme in diesem Falle mit Rücksicht darauf zu bewirken sei, daß später zur Fortsetzung der Verhandlung geladen und alsdann kontradiktorisch entschieden werden könnte, so würde dasselbe auch in dem andern Falle gelten, wenn Versäumnißurtheil beantragt und erlassen würde. Denn sobald in diesem Falle rechtzeitig Einspruch erhoben würde, wäre der Prozeß

---

[2]) Auch wenn eine Partei einen durch Beweisbeschluß erforderten Eid in dem vor dem Prozeßgericht zur Eidesabnahme und mündlichen Verhandlung anstehenden Termine leistet, aber — sofern Anwalts-Prozeß vorliegt — ihr Anwalt nicht erscheint, muß gegen sie auf Antrag der Gegenpartei Versäumnißurtheil zur Hauptsache ergehen. Vgl. Voß, Eidesversäumniß und Verhandlungsversäumniß, in Gruchot Bd. 24 S. 228 ff., insbes. S. 240 ff.

in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumniß befand (C.P.O. § 307), und es stände alsdann einer sachlichen Berücksichtigung der bereits stattgehabten Beweisaufnahme an sich nichts entgegen. Es ist mithin nicht abzusehen, warum § 332, wenn er sich überhaupt auf die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht bezieht, nur Anwendung finden soll, wenn ein Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils nicht gestellt wird, dagegen nicht, wenn dies geschieht. In beiden Fällen wäre eine nach § 332 trotz der Abwesenheit der einen Partei erfolgende Beweisaufnahme prozessualisch von gleich großer oder gleich geringer Bedeutung.

Denn daß trotz Nicht-Erscheinens oder Nicht-Verhandelns einer Partei ein kontradiktorisches Endurtheil, etwa auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme, ergehen könnte, wird nicht füglich behauptet werden können. Ohne kontradiktorische mündliche Verhandlung ist eine kontradiktorische Entscheidung undenkbar; gegen eine säumige Partei kann nur Versäumnißurtheil ergehen. Stellt also die erschienene Partei den Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils nicht, so kann ein Urtheil überhaupt nicht erlassen werden; ein etwa gestellter Antrag, nach Maßgabe des Beweisergebnisses zu erkennen, müßte abgelehnt, und etwas Weiteres könnte dann überhaupt nicht verhandelt werden. Das Resultat wäre also dasselbe, als wenn auch die erschienene Partei nicht zur Hauptsache verhandelt hätte; der Prozeß bliebe in der Lage ruhen, in welcher er sich zur Zeit befindet, und könnte nur wieder aufgenommen werden, wenn eine Partei zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung von Neuem ladet. In dem Termine bleibt der erschienenen Partei, welche den Prozeß nicht ruhen lassen will, schlechterdings nichts anderes übrig, als den Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils zu stellen.[3])

Daß diese Grundsätze für den ersten Verhandlungstermin richtig

---

[3]) Damit ist nicht ausgeschlossen, daß die allein erschienene Partei Ansprüche anerkennen oder darauf verzichten kann; dies sind einseitige Dispositionsakte, nicht aber Parteiverhandlungen. Ein Urtheil auf Grund des Anerkenntnisses oder Verzichtes kann freilich nicht ergehen, da es von dem Antrage des säumigen Gegners abhängt (§§ 277, 278).

Auch die Zurücknahme der Klage wird in Abwesenheit des Beklagten erfolgen können, soweit sie nach § 243 überhaupt zulässig ist, d. h. wenn der Beklagte — auch in einem etwaigen früheren Termine — noch nicht zur Hauptsache verhandelt hat.

sind, leuchtet von selbst ein; daß sie auch für jeden ferneren Verhandlungstermin gelten müssen, ist zwar dem altpreußischen Prozesse fremd, nichts destoweniger aber nach den Prinzipien der deutschen Civilprozeßordnung unzweifelhaft. Denn die noch in dem norddeutschen Entwurfe festgehaltene Unterscheidung zwischen Terminen zur Hauptverhandlung und Schlußterminen (Terminen nach dem Schlusse der Hauptverhandlung) ist fallen gelassen,

(cf. Motive S. 28, 33—36, Hahn, Materialien S. 131, 135 bis 137)

und im § 297 C.P.O. unzweideutig zum Ausdrucke gebracht, daß — wie es S. 28 der Motive heißt — „eine Partei, welche eine bestimmte mündliche Verhandlung versäumt, in gleicher Weise zu behandeln ist, möge nun die Versäumung in der ersten oder in einer weiteren zur Fortsetzung jener Verhandlung anberaumten Gerichtssitzung eintreten." Kann aber in jedem weiteren Verhandlungstermin Versäumnißurtheil beantragt werden, so kann auch nur Versäumnißurtheil, nicht Erlaß eines kontradiktorischen Urtheils gegen die säumige Partei beantragt werden. Daß die säumige Partei in früheren Terminen verhandelt hatte, ist irrelevant, sobald sie nicht auch in dem der Urtheilsfällung unmittelbar vorangehenden Termine verhandelt. Da nun nach § 335 Abs. 1 der Termin, in welchem vor dem Prozeßgerichte Beweis erhoben wird, gleichzeitig Verhandlungstermin ist, so kann auch in diesem Termin beim Ausbleiben einer Partei niemals ein kontradiktorisches Endurtheil ergehen und niemals die in diesem Termine etwa erfolgte Beweisaufnahme Grundlage einer kontradiktorischen Entscheidung sein.[4])

In den Verhandlungen der Reichstags-Kommission ist auch erwähnt worden, § 332 Abs. 1 könne für die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht dann von Bedeutung sein, wenn nur zur Beweisaufnahme, nicht auch zur mündlichen Verhandlung geladen wäre. Diese Möglichkeit ist durch § 335 Abs. 1 ausgeschlossen, da hiernach der Beweistermin zufolge gesetzlicher Bestimmung auch Verhandlungstermin ist, die zu diesem Termine gehörig geladene Partei also

[4]) Vgl. Motive S. 26, Hahn, Materialien S. 129.

„Die fortgesetzte Verhandlung erscheint sachlich insofern als eine neue, als prinzipiell in derselben der ganze Streitstoff vorgebracht werden muß. Diejenige mündliche Verhandlung, welche der Urtheilsfällung unmittelbar vorangeht, stellt sich demgemäß prinzipiell als die entscheidende dar."

von selbst auch zur mündlichen Verhandlung geladen ist. Allein wenn der Termin nicht in einer verkündeten Entscheidung bestimmt ist, oder wenn z. B. der ursprünglich anberaumte Termin vor dem Terminstage von Amtswegen verlegt wird, könnte es vorkommen, daß zwar Zeugen oder Sachverständige geladen würden, die Ladung einer Partei aber aus Versehen unterblieben wäre. In diesem Falle könnte von einer Verhandlungs-Versäumniß der nicht geladenen Partei keine Rede sein, mithin weder Versäumnißurtheil noch kontradiktorisches Urtheil ergehen. Eine trotzdem bewirkte Beweisaufnahme würde also zunächst ebensowenig von Bedeutung sein, wie in dem Falle, daß die Parteien gehörig geladen und eine oder beide Parteien ausgeblieben sind. Es wäre aber auch nicht korrekt, die Beweisaufnahme in einem Termine, von welchem nicht beide Parteien gehörig in Kenntniß gesetzt sind, vorzunehmen. Denn nach § 322 haben die Parteien das Recht, der Beweisaufnahme beizuwohnen, müssen also von jedem Termine, in welchem Beweis erhoben werden soll, in Kenntniß gesetzt sein. Und wenn die Parteien hierauf auch wirksam verzichten können, bei der nächsten Verhandlung also den Mangel der erfolgten Ladung rügen müssen (C.P.O. § 267), so würde doch, wenn diese Rüge erfolgt, eine in Abwesenheit einer nicht geladenen Partei bereits stattgehabte Beweisaufnahme unzweifelhaft wiederholt werden müssen.

Wenn in dem vor dem Prozeßgericht zur Beweisaufnahme anstehenden Termine beide Parteien nicht erscheinen, so bleibt, weil der Termin gleichzeitig zur mündlichen Verhandlung bestimmt war, das Verfahren ruhen (§ 228), möge nun die Beweisaufnahme in diesem Termine bewirkt worden sein oder nicht.

Es ergiebt sich aus den bisherigen Erörterungen, daß eine Beweisaufnahme, welche unter Anwendung des § 332 Abs. 1 vor dem Prozeßgerichte in Abwesenheit einer oder beider Parteien stattfinden würde, niemals für eine in diesem Termine zu treffende Entscheidung von Erheblichkeit sein kann, daß vielmehr die Verhandlung nur mit Erlaß eines Versäumnißurtheils schließen kann oder das weitere Verfahren ruhen bleiben muß, und daß es in beiden Fällen vollständig gleichgültig ist, ob die Beweisaufnahme erfolgt ist oder nicht. Erst wenn das Verfahren durch eine neue Ladung wieder aufgenommen oder das ergangene Versäumnißurtheil durch Einspruch beseitigt ist, kann das Ergebniß der Beweisauf-

nahme auf die Entscheidung der Sache von Einfluß sein. Ist also § 332 Abs. 1 auch auf die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht zu beziehen, so hat diese Bestimmung insofern keine wesentliche prozessualische Bedeutung und Wirkung, sondern nur den Karakter einer den Richter allerdings bindenden, instruktionellen Vorschrift[5]), welche mit den Prinzipien des Prozesses nicht in Beziehung steht, sondern nur aus Zweckmäßigkeitsgründen gegeben sein kann.

Es ergiebt sich hieraus aber auch, daß die Frage aufgeworfen werden kann, ob es in der That in der Absicht des Gesetzes gelegen hat, das Ermessen des Prozeßgerichts darüber: ob es sich im einzelnen Falle empfehlen würde, die Beweisaufnahme in Abwesenheit einer oder beider Parteien vorzunehmen oder nicht, einzuschränken und unbedingt vorzuschreiben, daß eine Beweisaufnahme, welche zur Zeit jedenfalls unnöthig ist und möglicherweise niemals praktischen Werth erlangt, dennoch erfolgen soll. Man wird geneigt sein, diese Frage nur zu bejahen, wenn zwingende Gründe für diese Auslegung des § 332 Abs. 1 vorliegen. Allein u. E. sind die hierfür, auch in dem Beschlusse des Reichsgerichts vom 20. März 1880 geltend gemachten Gründe nicht derartig, daß nicht auch die entgegengesetzte, einschränkende Auslegung des § 332 Abs. 1 vertheidigt werden könnte.

Zunächst steht der Ansicht des Reichsgerichts, wie dasselbe auch anerkennt, die Auffassung der Regierungs-Motive entgegen. Es heißt Seite 245 der Motive (Hahn, Materialien S. 306):

> „Die §§ 316—325 (des Entwurfs, §§ 326—335 des Gesetzes), von denen die §§ 316—324 (§§ 326—334 des Gesetzes) Vorschriften über die Beweisaufnahme durch einen beauftragten, beziehungsweise ersuchten

---

[5]) Dies ergiebt sich auch daraus, daß, wenn § 332 Abs. 1 nicht auf die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht bezogen und demgemäß von dem Prozeßgericht beschlossen wird, die Beweisaufnahme auszusetzen, dieser Beschluß nicht angefochten werden kann. Eine Beschwerde könnte keinen Erfolg haben, weil der Erlaß des Versäumnißurtheils oder das Ruhenlassen des Verfahrens durch die Verhandlungsversäumniß der Partei gerechtfertigt, nicht aber durch die Aussetzung der Beweisaufnahme bedingt wäre. Die Partei könnte immer nur Einspruch gegen das Versäumnißurtheil erheben, bez. das Verfahren durch Ladung der Gegenpartei wieder aufnehmen.

Richter und im Auslande enthalten, lassen deutlich erkennen, daß die Erledigung des Beweisbeschlusses der Offizialthätigkeit des Gerichts anheimfällt." [6])

Diese, wenn auch gelegentliche, Bemerkung in den Motiven läßt unzweideutig erkennen, daß der Verfasser derselben der Ansicht gewesen ist, daß auch die §§ 332 und 333 trotz ihrer allgemeinen Fassung im Zusammenhange mit §§ 326—331 und § 334 nur dahin verstanden werden können, daß sie sich nicht auf die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte beziehen.

Eine authentische Bedeutung für die Interpretation ist den Motiven allerdings nicht beizumessen; [7]) allein eine größere Bedeutung

---

[6]) Bemerkenswerth ist, daß es in den Motiven des im preußischen Justiz-Ministerium bearbeiteten Entwurfs von 1871 S. 330 heißt: „Die §§ 301—310 handeln von der Beweisaufnahme und enthalten namentlich Bestimmungen über die Beweisaufnahme durch einen beauftragten oder ersuchten Richter sowie über die Beweisaufnahme im Auslande," — und daß in den Motiven von 1874 das Wort „namentlich" weggelassen ist. Man darf annehmen, daß dies nicht ohne Absicht geschehen ist, und daß damit klar zum Ausdruck gebracht ist, daß die betreffenden Paragraphen sämmtlich und ausschließlich Bestimmungen über die nicht vor dem Prozeßgerichte stattfindende Beweisaufnahme enthalten.

Die §§ 301—310 des Entwurfs von 1871 entsprechen im Wesentlichen den §§ 316—325 des Entwurfs von 1874 und den §§ 326—335 der deutschen Civilprozeßordnung; nur insofern weicht der Entwurf von 1871 ab, als er eine dem jetzigen § 335 Abs. 1 entsprechende Bestimmung nicht enthält. Es ist daher auch wohl erwogen, wenn in den Motiven von 1874 nicht mehr der § 325, jetzt 335, als zu denjenigen Bestimmungen gehörig aufgeführt wird, welche die Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter, bez. im Auslande betreffen.

In dem Entwurfe von 1871 ist zwar auch die Bestimmung des § 297 C.P.O. enthalten; da aber eine dem § 335 Abs. 1 entsprechende Bestimmung fehlt, so wäre die Möglichkeit nicht ausgeschlossen gewesen, daß ein Termin vor dem Prozeßgericht nicht gleichzeitig zur mündlichen Verhandlung, sondern lediglich zur Beweisaufnahme anberaumt werden konnte. Für diesen Fall konnte die Bestimmung, daß die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht auch in Abwesenheit der Parteien erfolgen solle, Bedeutung haben.

In dem Verfahren nach der C.P.O. ist diese Möglichkeit durch die neu aufgenommene Bestimmung des § 335 Abs. 1 ausgeschlossen, und eben durch diese Bestimmung u. E. die Anwendbarkeit der §§ 332 und 333 auf die vor dem Prozeßgerichte angeordnete Beweisaufnahme beseitigt.

[7]) Sie sind nicht vom Bundesrath beschlossen, nicht als die Motive des Bundesraths anzusehen; aber sie sind, wie der Minister Leonhardt in der Reichstagssitzung vom 24. November 1874 erklärte, „von Männern, welche den Arbeiten sehr nahe standen, mit eben so viel Sorgfalt als Einsicht in die Verhältnisse ge-

als den Motiven wird einer mit der Auffassung der Motive in Widerspruch stehenden Aeußerung eines Regierungsvertreters in der Reichstags-Kommission auch nicht beigelegt werden können, selbst wenn diese Aeußerung, wie im vorliegenden Falle, in der Kommission keinen Widerspruch gefunden hat. Formell ist ein Einverständniß über die weitere oder engere Auslegung zwischen den Faktoren der Gesetzgebung offenbar nicht als vorhanden anzunehmen, zumal bei den Verhandlungen der Reichstags-Kommission überhaupt übersehen zu sein scheint, daß eine abweichende Auffassung in den Motiven niedergelegt war; sachlich dürfte sowohl die Bemerkung in den Motiven als die Aeußerung des Regierungsvertreters in der Reichstags-Kommission nur als Material für die Interpretation in Betracht kommen und diejenige Auffassung den Vorzug verdienen, welche sich anderweitig aus den Prinzipien der Prozeß-Ordnung begründen läßt. Jedenfalls aber wird — da nur die eine oder die andere Auffassung die richtige sein kann, — der mündlichen, durch eine vielleicht unerwartet gestellte Frage hervorgerufenen Aeußerung eines Regierungsvertreters der abweichenden Auffassung der Motive gegenüber ein entscheidendes Gewicht nicht beigelegt werden können.[8])

Das Reichsgericht erkennt ferner an, daß „auf den ersten Blick" die beschränkende Auslegung der §§ 332 u. 333 aus ihrer Stellung zwischen den §§ 326—331 u. 334 gefolgert werden könnte, beseitigt dieses Argument aber durch den Hinweis auf den allgemeinen Wortlaut der §§ 332 u. 333. Man wird aber auch hier die Frage aufwerfen können, ob nicht doch der Wort-Interpretation diejenige aus der Stellung und dem Zusammenhang der §§ 332 u. 333 mit den unmittelbar voraufgehenden und den nachfolgenden Paragraphen vorzuziehen ist, und ob nicht eben dieses deutlich erhellenden Zu-

---

ordnet worden;" — „sie sind im Sinne und Geiste der vom Bundesrath gefaßten Beschlüsse abgefaßt" — wie Direktor von Amsberg in der Reichstags-Kommission erklärte (vgl. Hahn, Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz S. 188, 189; Materialien zu C.P.O. S. 635).

[8]) Angenommen, daß in der Reichstags-Kommission über die in Rede stehende Frage überhaupt nicht verhandelt worden wäre, so würde wohl unbedenklich auf Grund jener Bemerkung in den Motiven die allgemeine Ansicht sich dahin gebildet haben, daß die §§ 332 und 333 sich nicht auf die vor dem Prozeßgericht stattfindende Beweisaufnahme beziehen. Dasselbe muß gelten, wenn man annehmen darf, daß nicht den Motiven, sondern vielmehr den Kommissionsverhandlungen eine irrthümliche Auffassung zu Grunde gelegen hat.

sammenhanges wegen es für überflüssig erachtet werden konnte, in dem Wortlaute der §§ 332 u. 333 es wiederum zum Ausdruck zu bringen, daß diese Paragraphen, wie die unmittelbar vorhergehenden §§ 330 u. 331, nur auf die Beweisaufnahme von dem beauftragten oder ersuchten Richter Bezug haben sollen. Der fünfte Titel des zweiten Buches der Prozeßordnung zerfällt in drei leicht erkennbare Abschnitte: die §§ 320—325 enthalten Bestimmungen, welche sich auf jede Art der Beweisaufnahme beziehen; dann folgen Bestimmungen über die Beweisaufnahme, welche nicht vor dem Prozeßgericht stattfindet, und schließlich der § 335 über die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht. Es wäre nicht abzusehen, warum die Bestimmungen der §§ 332 u. 333 mitten in dem zweiten Abschnitte ihren Platz gefunden haben, wenn sie sich auf jede Art der Beweisaufnahme beziehen sollten; ihre richtige Stellung wäre in diesem Falle vor § 326 gewesen und dadurch jeder Zweifel ausgeschlossen worden. In der That aber ist die Prozeßordnung so systematisch gearbeitet, auch innerhalb der einzelnen Titel sind — wie namentlich die Motive fast auf jeder Seite zeigen — begrifflich zusammengehörige Bestimmungen dergestalt zusammengestellt und geordnet, daß man wohl berechtigt ist, anzunehmen, daß eine allgemein lautende Bestimmung, welche sich zwischen Bestimmungen von beschränkterem Umfange und speziellerer Beziehung befindet, auch nur in diesem beschränkteren Sinne zu verstehen ist.

In der Begründung des Beschlusses des Reichsgerichts heißt es ferner: auch für den Fall der Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht seien die Bestimmungen der §§ 332 u. 333 aus inneren Gründen nicht wohl zu entbehren. Es können damit wohl nur — wie auch der Hinweis auf den Kommentar von Struckmann und Koch andeutet — die bereits in der Kommission des Reichtages und in den Kommentaren hervorgehobenen Zweckmäßigkeitsgründe gemeint sein, nämlich die Rücksicht auf die säumige Partei, welche sich noch während der Beweisaufnahme einfinden könnte, und die Rücksicht auf die Zeugen und Sachverständigen, welchen ein abermaliger Weg zum Gerichte erspart werden soll. Welche anderen legislatorischen Gründe für die Anwendung der Vorschriften der §§ 332 u. 333 auf die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht angeführt werden könnten, ist nicht abzusehen. Daß eine solche Be-

weisaufnahme in Abwesenheit der Parteien zunächst sachlich bedeutungslos sein würde, ist bereits ausführlich dargelegt; daß sie sich aus allgemeinen Grundsätzen der Prozeßordnung nicht rechtfertigen würde, soll weiterhin noch ausgeführt werden.

Nach § 197 Abs. 2 C.P.O. ist ein Termin von einer Partei erst versäumt, wenn sie bis zum Schlusse desselben nicht verhandelt; wird also die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht in Abwesenheit einer Partei begonnen, und diese Partei findet sich noch vor Schluß des Termins ein, so können die Versäumnißfolgen gegen sie nicht eintreten. Allein der Grundsatz des § 197 Abs. 2 ist durch die allerdings sehr verständige Erwägung gerechtfertigt, daß eine Partei, welche noch vor dem thatsächlichen Schluß des Termins erscheint und verhandelt, damit dokumentirt, daß sie die Folgen der Versäumniß, wenn sie als bereits eingetreten angenommen würde, durch Einlegung des Einspruchs wieder beseitigen würde;[9]) dieser Grundsatz giebt der anfänglich säumigen Partei die Möglichkeit, die Folgen der Versäumniß abzuwenden, so lange noch nicht thatsächlich der Schluß der Verhandlung eingetreten ist; er gewährt ihr aber doch offenbar kein Recht, zu verlangen, daß der Schluß des Termins durch zur Zeit unnöthige Verhandlungen hingezogen werde. Eine so weit gehende Rücksichtnahme auf eine säumige Partei, von der man nicht einmal weiß, ob sie denn wirklich im Laufe einer vielleicht stundenlangen, bei ihrem Nichterscheinen überflüssigen Beweisaufnahme erscheinen wird, dürfte doch zu einer legislatorischen Rechtfertigung einer sonst nicht zu begründenden positiven Gesetzesvorschrift nicht ausreichen.

Wichtiger könnte die Rücksichtnahme auf die Zeugen und Sachverständigen erscheinen, welche im Falle einer Wiederaufnahme der Sache oder der Einlegung des Einspruchs abermals geladen werden und erscheinen müßten, wenn ihre Vernehmung nicht auch in Abwesenheit der Parteien bewirkt würde. Allein — abgesehen davon, daß Zeugen und Sachverständige für jedes Erscheinen vor Gericht entschädigt werden müssen (C.P.O. §§ 366, 378), und daß die Mehrkosten in jedem Falle der säumigen Partei auferlegt werden können (§ 309),[10]) so würde doch die Vorschrift, daß die einmal

---

[9]) Vgl. Motive S. 161, Hahn, Materialien S. 237.

[10]) Zur Deckung der Staatskasse wird, wenn eine nochmalige Ladung erforderlich wird, — sofern die säumige Partei Beweisführer ist — von der Vorschrift

erschienenen Zeugen und Sachverständigen vernommen werden sollen, auch wenn der Vernehmungstermin nur mit Erlaß eines Versäumnißurtheils oder mit einem Ruhenbleiben des Verfahrens abschließen kann, — mit dem wichtigen Grundsatze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens nicht recht in Einklang zu bringen sein. Die stattgehabte Beweisaufnahme würde ja nur Bedeutung erlangen, und das angebliche legislatorische Motiv, den Zeugen und Sachverständigen einen abermaligen Weg zum Gericht zu sparen, nur erheblich sein können, wenn bei einer künftigen Fortsetzung des Prozesses das Gericht nicht von der ihm in § 363 C.P.O. eingeräumten Befugniß einer wiederholten Vernehmung Gebrauch macht, sondern die frühere, vielleicht Monatelang zurückliegende Beweiserhebung seiner Entscheidung zu Grunde legt. Der Grundsatz der Mündlichkeit aber, d. h. der unmittelbaren Verhandlung des Rechtsstreits vor dem erkennenden Richter [11]) hat für die Beweisaufnahme, weil dieselbe keine Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit ist, zwar nicht prinzipielle Geltung, jedoch aus denselben gewichtigen Gründen, welche die Mündlichkeit der Verhandlung rechtfertigen, zu dem Satze führen müssen, daß der Regel nach auch die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht, d. h. unmittelbar vor den zur Entscheidung berufenen Richtern, erfolgen solle (C.P.O. § 320), und daß Abweichungen hiervon nur in den dringendsten Fällen gestattet sind.

(Motive S. 243, Hahn, Materialien S. 304.)

In strenger Konsequenz würde dieser Grundsatz dahin führen, daß die Beweisaufnahme, sofern sie überhaupt vor dem Prozeßgericht erfolgt, unmittelbar vor der Urtheilsfällung bewirkt, das Urtheil in demselben oder in einem nach § 281 C.P.O. anzuberaumenden Publikationstermine verkündet werden müsse. Diese Konsequenz ist im Gesetze zwar nicht gezogen, grundsätzlich eine Vertagung nach erfolgter Beweisaufnahme und eine spätere Urtheilsfällung auf Grund der früheren Beweisaufnahme nicht ausgeschlossen; [12]) aber, wenn das mündliche Verfahren zur Wahrheit

---

des § 344 Gebrauch zu machen, die Ladung von Hinterlegung eines Vorschusses abhängig zu machen sein.

[11]) Vgl. Motive S. 20, Hahn, Materialien S. 124.

[12]) Die Civilprozeßordnung enthält keine Vorschriften darüber, in welcher Weise eine früher vor dem Prozeßgericht erfolgte Beweisaufnahme in einem spä-

werden soll, so muß es nach Möglichkeit vermieden werden, daß Urtheile gesprochen werden auf Grund einer zwar vor demselben Richterkollegium, aber in früheren Terminen erfolgten Beweisaufnahme. Wenn in solchem Falle prinzipiell das Gedächtniß des Richters entscheiden soll, so würde dies nur zu oft zu einer leeren Fiktion herabsinken, in Wahrheit aber das mehr oder weniger gut redigirte Protokoll statt der freien, auf den unmittelbaren Eindruck gegründeten Beweiswürdigung maßgebend werden. Im Sinne und Geiste einer Prozeßordnung, welche auf Unmittelbarkeit der Verhandlung und freier Beweiswürdigung basirt und von der Regel der Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht nur in den dringendsten Fällen Abweichungen gestatten will, liegt eine Interpretation gewiß nicht, welche dahin führt, die Fälle, in denen Urtheile auf Grund einer der Zeit nach zurückliegenden Beweisaufnahme gesprochen werden, lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen zu vermehren.

Wie wenig mit derartigen Interpretationen aus Nützlichkeitsgründen erreicht wird, ergiebt sich zur Evidenz, wenn man den § 333 C.P.O. in Betracht zieht. Es liegt auf der Hand, daß, was von § 332 gilt, auch von § 333 gelten muß; entweder beziehen beide Paragraphen sich nur auf die Beweisaufnahme vor dem beauftragten und ersuchten Richter oder beide Paragraphen

---

teren Termine zur Kenntniß des Gerichts gebracht werden soll. Vortrag durch die Parteien ist ausdrücklich nur für die nicht vor dem Prozeßgericht erfolgte Beweisaufnahme vorgeschrieben (§ 258 Abs. 2); ein Verlesen des Protokolls würde mit den Grundsätzen von der Mündlichkeit des Verfahrens nicht vereinbar sein; es bleibt daher nur die Annahme übrig, daß das Gesetz davon ausgegangen ist, eine Entscheidung würde nur gefällt werden können, wenn das Ergebniß der früheren Beweisaufnahme noch im Gedächtnisse der Richter haftet; andernfalls müßte eine Wiederholung der Beweisaufnahme eintreten (vgl. Struckmann u. Koch Anm. 4 zu § 258). Daß letzteres unbedingt eintreten muß, wenn inzwischen das Richterpersonal gewechselt hat, ist nach § 280 C.P.O. zweifellos.

Uebrigens liegt es bei einer Vertagung nach der Beweisaufnahme in der Hand des Vorsitzenden, durch Anberaumung eines möglichst nahen Termins die Wiederholung der Beweisaufnahme in der That entbehrlich zu machen. Wird aber auf Grund des § 332 Abs. 1 Beweis erhoben, so liegt es ganz in der Hand der Partei, zu welchem Zeitpunkt diese Beweisaufnahme künftig in Betracht kommen kann. Denn es hängt dies davon ab, wann die Partei das Verfahren wieder aufnimmt, bez. das ergangene Versäumnißurtheil zustellen und damit die Einspruchsfrist beginnen läßt.

auch auf die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht. Nun bestimmt aber § 333:

„Wird ein neuer Termin zur Beweisaufnahme oder zur Fortsetzung derselben erforderlich, so ist dieser Termin, auch wenn der Beweisführer oder beide Parteien in dem früheren Termine nicht erschienen waren, von Amtswegen zu bestimmen."

Welche Zweckmäßigkeitsgründe sollen für die Ausdehnung dieser Vorschrift auf die vor dem Prozeßgericht stattfindende Beweisaufnahme geltend gemacht werden? Die Rücksicht auf die Zeugen und Sachverständigen, welchen ein abermaliger Weg zum Gericht erspart werden soll, kommt selbstverständlich nicht in Betracht, da ja zu dem neuen Termine nur die Ladung derjenigen Zeugen und Sachverständigen erforderlich ist, welche in dem früheren Termine nicht erschienen waren. Um der säumigen Partei in einem neuen Termine Gelegenheit zu geben, die Folgen der Versäumung des früheren Termins zu beseitigen, kann die Bestimmung des § 333 offenbar nicht getroffen sein; denn die erschienene Partei kann, weil jeder Beweistermin vor dem Prozeßgericht zugleich Verhandlungstermin ist, unzweifelhaft verlangen, daß Versäumnißurtheil erlassen werde, wenn die Gegenpartei bis zum Schlusse des ersten, zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht anstehenden Termine nicht verhandelt. Aus diesem Grunde muß denn auch die Anwendbarkeit des § 333 auf die vor dem Prozeßgericht anstehenden Beweistermine unbedenklich verneint werden, obgleich in der Begründung des Beschlusses des Reichsgerichts vom 20. März 1880 § 333 auf gleiche Linie mit § 332 gestellt, also auch auf die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht bezogen wird. Beschränkt auf die Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter, besagt der § 333 weiter nichts, als daß der von dem Prozeßgericht erlassene Beweisbeschluß vollständig zu erledigen ist und von Amtswegen, erforderlichenfalls in weiteren Terminen, erledigt werden muß, auch wenn in dem früheren Termine der Beweisführer oder beide Parteien nicht erschienen sind.[13]) Angewendet auf die Beweisaufnahme

[13]) Der Fall, daß nur der Beweisführer, nicht aber die Gegenpartei erschienen ist, wird nicht erwähnt. Dies beweist aber nur, daß das Wesentliche der hier getroffenen Bestimmung in der Anordnung liegt, daß der erforderliche neue Termin von Amtswegen zu bestimmen ist, auch wenn der Beweisführer den ersten

vor dem Prozeßgericht, würde der § 333 zu der Konsequenz führen, daß, wenn in dem ersten Termine der Beweisbeschluß nicht vollständig erledigt wird, auch im Falle der Abwesenheit einer oder beider Parteien ein neuer Beweistermin angesetzt werden muß, daß in dem ersten Termin weder Versäumnißurtheil ergehen noch das Verfahren ruhen bleiben darf, daß beides vielmehr erst zuläßig ist, wenn in späteren Terminen der Beweisbeschluß vollständig erledigt und auch alsdann eine oder beide Parteien nicht erschienen sind. Daß diese Konsequenzen mit dem Grundsatze des § 335 Abs. 1 nicht vereinbar sind, liegt auf der Hand.[14])

Zwar könnte es den Anschein gewinnen, als ob das Reichsgericht den § 335 Abs. 1 in einem Sinne interpretiren wollte, welcher sogar die Anwendung des § 333 auf den Fall, daß ein Beweistermin vor dem Prozeßgericht ansteht, nicht ausschließen würde, wenn es an die Spitze seiner Gründe folgende Erwägung stellt:

> „Wenn auch nach § 335 Abs. 1, falls die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht erfolgt, der Beweisaufnahmetermin zugleich zur Forsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt ist, so nimmt er diesen Karakter doch erst nach wirklich erfolgter Beweisaufnahme an; denn das Gesetz spricht von dem Termine, „in welchem die Beweisaufnahme stattfindet", nicht schlechtweg von demjenigen, welcher zur Beweisaufnahme bestimmt ist. Für den Termin zur Beweisaufnahme als solchen verordnet dagegen § 332 Abs. 1, daß ungeachtet des Ausbleibens einer Partei die Beweisaufnahme in so weit zu bewirken ist, als dies nach Lage der Sache geschehen kann."

---

Termin versäumt hat, daß also das Gericht und nicht der Beweisführer die Erledigung des Beweisbeschlusses zu betreiben hat.

[14]) Der Grund, aus welchem § 333 nicht auf die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht zu beziehen ist, liegt lediglich darin, daß beim Nichterscheinen einer oder beider Parteien Versäumnißurtheil ergehen oder die Sache ruhen bleiben muß, ein neuer Beweistermin also nicht anberaumt werden kann; er ist aber nicht zu entnehmen aus den Worten des § 333: „Wird ein neuer Termin zur Beweisaufnahme . . . erforderlich." Denn damit ist doch nur gemeint, daß der neue Termin deshalb erforderlich wird, weil der Beweisbeschluß noch nicht vollständig erledigt ist, nicht aber an den Fall gedacht, daß aus anderen prozessualischen Gründen von der Erledigung des Beweisbeschlusses Abstand genommen werden kann.

Soll diese Auffassung von der Bedeutung des Termines zur Beweisaufnahme und mündlichen Verhandlung wirklich begründet werden durch die Worte des Gesetzes:

„in welchem die Beweisaufnahme stattfindet",

so würde daraus mit Nothwendigkeit folgen, daß, wenn die Beweisaufnahme aus zufälligen Gründen, z. B. wegen Nichterscheinens der geladenen Zeugen, thatsächlich nicht stattfindet, der Termin den Karakter eines Verhandlungstermins überhaupt nicht annehmen könnte, daß vielmehr ein neuer Termin anberaumt werden müßte, und erst nach erfolgter Beweisaufnahme zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung geschritten werden könnte. Dies würde allerdings mit § 333, sofern er auch auf die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht bezogen wird, in Einklang stehen; es läßt sich aber kaum annehmen, daß es die Ansicht des Reichsgerichts gewesen ist, daß dasselbe insbesondere die Zulässigkeit eines Versäumnißurtheils in dem ersten Termine zur Beweisaufnahme und mündlichen Verhandlung ausschließen würde, wenn in diesem Termine die Beweisaufnahme thatsächlich nicht stattfindet. Es folgt daraus aber, daß den Worten: „in welchem die Beweisaufnahme stattfindet" eine wesentliche Bedeutung nicht beigelegt und aus denselben nicht gefolgert werden darf, daß der Termin erst nach stattgehabter Beweisaufnahme den Karakter eines Verhandlungstermins annehme.

In der That aber wird sich eine Auffassung, welche den vor dem Prozeßgericht anstehenden Termin zur Beweisaufnahme und mündlichen Verhandlung in zwei Akte zerfallen läßt, von denen der erste lediglich Beweistermin und erst der zweite Verhandlungstermin ist, nicht aufrecht erhalten lassen. Prinzipiell ist zwischen dem ersten Verhandlungstermin und den zur Fortsetzung der Verhandlung anberaumten Terminen kein Unterschied, der ganze Streitstoff ist in jedem Termine Gegenstand der Verhandlung, mag der Termin lediglich zur mündlichen Verhandlung oder auch zur Beweisaufnahme angesetzt sein.[15]) Es ist daher weder richtig noch praktisch empfehlenswerth, den Termin vor dem Prozeßgericht mit der Beweisauf-

[15]) Vgl. oben Anm. 4 und die Bemerkung in den Motiven S. 232, Hahn, Materialien S. 295: „Ein Versäumnißurtheil kann nur ergehen, wenn der versäumte Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt war. Dies ist im Zweifel immer der Fall, selbst wenn der nächste Zweck des Termins die Aufnahme eines zugelassenen Beweises betraf.

nahme beginnen und dann erst die Parteivorträge folgen zu lassen; sondern es muß zunächst das Streitverhältniß (wenigstens soweit es zum Verständniß des Beweisbeschlusses erforderlich ist) von den Parteien vorgetragen, dann die Beweisaufnahme bewirkt, und zum Schluß den Parteien das Wort zur Verhandlung über das Beweisergebniß ertheilt werden. Ob sich hiernach der Satz rechtfertigen läßt, daß der Termin von vornherein und in seinem ganzen Verlaufe den Karakter eines Verhandlungstermines habe, kann dahin gestellt bleiben; daß dieser Karakter dadurch absorbirt werde, daß in demselben Termine Beweis erhoben werden soll, läßt sich jedenfalls nicht behaupten, mithin auch die Annahme sich nicht rechtfertigen, daß der Karakter des Termins als eines Verhandlungstermins — und mithin die Zülässigkeit eines Versäumnißurtheils — davon abhänge, ob wirklich die in Aussicht genommene Beweisaufnahme stattgefunden hat oder nicht. Zum Mindesten aber muß angenommen werden, daß, nachdem die Beweisaufnahme, soweit es in dem Termine anging, erfolgt ist, nunmehr die mündliche Verhandlung beginnt und Erlaß eines Versäumnißurtheils zulässig ist, mag auch der frühere Beweisbeschluß noch nicht vollständig erledigt sein.

Ergeben sich diese Konsequenzen aus dem Begriff des Verhandlungstermins, so folgt aber ferner aus der Natur des Beweisbeschlusses, daß das Prozeßgericht in dem Termine, in welchem eine Partei nicht erscheint, unter Aussetzung der Beweiserhebung sofort Versäumnißurtheil erlassen kann. Der Beweisbeschluß der C.P.O. ist lediglich eine prozeßleitende, von dem Prozeßgericht jederzeit zurückzunehmende oder abzuändernde Verfügung. Daraus ergiebt sich, daß das Prozeßgericht in jedem Termine, in welchem es überhaupt mit dem ganzen Streitstoff befaßt ist, also in jedem Verhandlungstermine, befugt sein muß, lediglich nach der jeweiligen Lage der Sache darüber zu befinden, ob ein früher erlassener Beweisbeschluß erledigt werden soll oder nicht.[16]) Der beauftragte und der ersuchte Richter ist mit der Sache selbst nicht befaßt, hat keine sachlichen Entscheidungen zu treffen; er hat lediglich den Beweisbeschluß, und zwar vollständig, zu erledigen; und

[16]) Vgl. Mot. S. 245, Hahn, Materialien S. 306: „Für das Gericht folgt die Befugniß, den Beweisbeschluß überhaupt nicht oder nicht vollständig auszuführen, ohne Weiteres aus der Natur des letzteren als eines prozeßleitenden, jederzeit abänderlichen Dekrets."

wenn das Gesetz bestimmt, daß er dies thun soll ohne Rücksicht auf die Anwesenheit oder Abwesenheit der Parteien, so beruht dies darauf, daß vor ihm lediglich Beweistermine anstehen, beweist aber nichts dafür, daß die Abwesenheit der Parteien auch unerheblich ist, wenn der Beweistermin — wie stets vor dem Prozeßgericht — zugleich Verhandlungstermin ist.

Die Entscheidung der hier behandelten Frage ist lediglich aus dem Grundsatze des § 335 Abs. 1 zu entnehmen. Denn die Bestimmungen über die Beweisaufnahme, wenn auch die ihnen zu Grunde liegenden allgemeinen Prinzipien für jede Art der Beweisaufnahme Geltung haben, greifen nicht weiter, als die Beweisaufnahme als solche und sind in ihren praktischen Konsequenzen für das Verfahren in den Beweisterminen nur am Platz, wenn der Termin lediglich zur Beweisaufnahme ansteht. Es ist allgemeiner Grundsatz, daß die Beweiserhebung nicht dem Betreibungsrecht der Partei, sondern der Offizialthätigkeit des Gerichts anheimfällt, und daß die Beweisaufnahme in Abwesenheit der Parteien erfolgen kann. Daß sie erfolgen soll, auch wenn die Parteien ausbleiben, ergiebt sich aus diesen Grundsätzen aber nur für den Fall als konsequente Vorschrift, wenn der Termin lediglich zur Beweisaufnahme, d. h. vor einem beauftragten oder ersuchten Richter ansteht, ebenso wie nur für diesen Fall die weitere Vorschrift, daß der Beweisbeschluß vollständig, erforderlichenfalls in weiteren, von Amtswegen anzuberaumenden Terminen erledigt werden soll — § 333 — gegeben sein kann. Diese Interpretation der §§ 332 u. 333 dürfte denn auch mit dem Wortlaut der Paragraphen unschwer in Einklang zu bringen sein, sobald man annehmen darf, daß unter den Beweisterminen, von denen hier die Rede ist, nur Beweistermine als solche, Termine, welche lediglich zur Beweisaufnahme bestimmt sind, verstanden werden können. Es werden in diesen Paragraphen nur die Folgen der Parteiversäumniß bei der Beweisaufnahme behandelt; von Terminen, welche zugleich zur Beweisaufnahme und mündlichen Verhandlung anstehen, ist hier überall nicht die Rede; davon wird erst und einzig und allein in § 335 Abs. 1 gehandelt; und da die Folgen der Versäumung solcher Termine nicht besonders normirt sind, so müssen sie aus den allgemeinen Prinzipien der Prozeßordnung entnommen werden. Dies führt aber u. E. zu der hier vertheidigten Ansicht,

daß das Prozeßgericht in einem unter die Vorschrift des § 335 Abs. 1 fallenden Termine nicht durch die Bestimmung des § 332 Abs. 1 gebunden ist, sondern die Erledigung des Beweisbeschlusses aussetzen kann.

Es würde sich aber aus der Begründung unserer Ansicht der Satz nicht rechtfertigen, daß das Prozeßgericht die Beweisaufnahme aussetzen muß und gesetzwidrig handelte, wenn es etwa aus praktischen Rücksichten, z. B. wenn der abermaligen Ladung eines erschienenen Zeugen besondere Schwierigkeiten entgegenstünden, die Beweisaufnahme in Abwesenheit der Parteien bewirkte. Denn aus allgemeinen Grundsätzen folgt nur, daß das Ermessen des Prozeßgerichts hinsichtlich der Vornahme oder Aussetzung der Beweisaufnahme nicht eingeschränkt werden darf. Eine Beschwerde darüber, daß die Beweisaufnahme unzulässigerweise vorgenommen worden, würde — wenn im Uebrigen korrekt verfahren ist — nicht begründet sein. Denn nicht die Vornahme der Beweisaufnahme, welche für die in dem betreffenden Termine zu fällende Entscheidung irrelevant ist, sondern nur die Versagung des Versäumnißurtheils würde einen Beschwerdegrund bilden. Ein Recht der erschienenen Partei, sofort und vor der Beweisaufnahme den Erlaß des Versäumnißurtheils zu verlangen und dadurch der säumigen Gegenpartei die Möglichkeit abzuschneiden, in Gemäßheit des § 197 Abs. 2 die Folgen der Versäumung durch Erscheinen im Laufe des Termins abzuwenden, wird nicht anerkannt werden können; ebensowenig aber eine Pflicht des Gerichts, etwa aus dieser Rücksicht die Beweisaufnahme vorzunehmen.

Im Resultate, nicht in der Begründung, wird daher auch von der hier vertretenen Auffassung aus der in dem Beschlusse des Reichsgerichts vom 20. März 1880 getroffenen Entscheidung beigepflichtet werden können, dagegen daran festgehalten werden müssen, daß § 332 Abs. 1 eine das Prozeßgericht im Falle des § 335 Abs. 1 bindende Vorschrift nicht enthält.

---

## 26.

## Die Befugniß des Gerichts zur Trennung der Verhandlung und Entscheidung nach der Deutschen Civilprozeßordnung.

(Schluß von Nr. 20 dieses Jahrganges.)

Von Herrn Landrichter Schepers in Dortmund.

---

### § 6.

Die Beschränkung der Verhandlung auf einzelne Angriffs- und Vertheidigungsmittel oder einen Zwischenstreit hat die Bedeutung, daß die Vorträge der Parteien und die Beweisaufnahme sich zunächst nur auf diesen Gegenstand zu beziehen haben, daß sie nach dieser Richtung hin vollständig sein, die spätere Verhandlung des übrigen Streitmaterials aber nicht beschränken sollen.

Die in gleicher Weise beschränkte Entscheidung erfolgt in der Form eines Zwischenurtheils. Diesen Namen führt nach der C.P.O. auch die Entscheidung über den Streit einer oder beider Parteien mit einem Dritten (§ 5 II. 1), obgleich sie diesen Streit definitiv entscheidet und deshalb einen ganz anderen Karakter hat, als das nur auf die Parteien bezügliche Zwischenurtheil, welches lediglich eine Grundlage für das Endurtheil schafft. Dieses, von dem weiter die Rede ist, soll einen Bestandtheil des Endurtheils antizipiren, freilich nur einen möglichen, insofern es sich nämlich später herausstellen kann, daß es auf den durch das Zwischenurtheil erledigten Streitpunkt nicht mehr ankommt. Es entscheidet nur, ob ein Angriffs- und Vertheidigungsmittel begründet sei oder nicht, und ob bei einem Zwischenstreit eine Prozeßhandlung, z. B. die Eideszuschiebung, zuzulassen oder, wie die Edition, einer Partei aufzulegen sei, ohne daß das Verhältniß des erledigten Punktes zu dem übrigen Streitmaterial weiter, als es zum Verständniß des ersteren erforderlich zu erörtern ist. Eine gewisse Analogie bietet ein nach § 5 der preußischen Verordnung vom 21. Juli 1876 erlassenes Erkenntniß, durch welches eine prozeßhindernde Einrede verworfen wird. Dieser Fall steht aber im preußischen Recht ver-

einzelt da. Nach der C.P.O. kann dagegen ein Zwischenurtheil erlassen werden:

1) Wenn ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel oder ein Zwischenstreit zur Entscheidung reif ist (C.P.O. § 275). Reif, das heißt in allen Beziehungen, auch rücksichtlich der Frage, ob Beweis erbracht ist. Abgesehen von einem aufzuerlegenden Eid kann durch Zwischenurtheil ein Beweis weder auferlegt noch vorbehalten werden. Die Antretung des Beweises ist mit der Aufstellung von Behauptungen zu verbinden (C.P.O. § 255); ein Rechtsbehelf läßt, wie oben erwähnt, eine Trennung nach der Frage, ob substanziirt und ob bewiesen, nicht zu, und außerdem bestimmt der § 323 C.P.O. ausdrücklich, daß eine Beweisaufnahme durch bloßen Beschluß anzuordnen sei. Unter Berücksichtigung der Beweisfrage kann ein Zwischenurtheil z. B. dahin erlassen werden: es werde festgestellt, daß Kläger bei einer Vindikation das Eigenthum durch Ersitzung erworben habe; ein weiteres, daß die Einrede, Beklagter habe die Sache später durch Kauf und Tradition vom Kläger erworben, zu verwerfen; ein anderes, daß die Retentionseinrede wegen Verwendungen als begründet zu erachten. Den praktischen Schluß aus diesen Feststellungen zieht das Endurtheil. Daß ein Zwischenurtheil über den bloßen Klagegrund zulässig ist, ergiebt sich aus dem § 5 zu I. Gesagten. Die Fassung kann Schwierigkeiten machen, wenn dem Klagegrund Einreden entgegenstehen, welche die Entstehung des erhobenen Anspruchs hindern, wie z. B. einem Kauf die Einrede der Simulation. Hier darf das Zwischenurtheil über den Klagegrund nicht etwa dahin lauten, es sei festgestellt, daß Kläger die Sache gekauft habe, denn hiermit würde auch über die Simulation entschieden. Es wäre vielmehr etwa dahin zu fassen, daß das aus einem Kaufgeschäft entnommene Klagefundament als begründet (zutreffend und erwiesen) zu erachten; vielleicht auch dahin, es werde mit Vorbehalt der Einreden festgestellt, daß der Kauf als abgeschlossen anzusehen. In Fällen dieser Art werden der Klagegrund und solche Einreden, zumal wenn es zweifelhaft ist, ob sie Einreden oder bloße Negationen sind, zweckmäßiger Weise zusammengefaßt und nur von den übrigen Einreden gesondert.

Im Allgemeinen kann jeder Zwischenstreit durch Zwischenurtheil entschieden werden. Manche auf die Form des Verfahrens bezüg-

liche Streitigkeiten müssen oder können außerhalb der mündlichen Verhandlung, die eine nothwendige Voraussetzung für jedes Urtheil ist (C.P.O. §§ 119, 280), erledigt werden. Dies geschieht in Form von Beschlüssen, und diese Form ist vielfach auch dann vorgeschrieben, wenn über solche Streitigkeiten zufällig, oder weil das Gericht es für zweckmäßig gehalten, mündlich verhandelt ist. (Vgl. C.P.O. §§ 46, 118, 160, 203, 290 f., 371, 451; über die Exekutions-Instanz vgl. §§ 684 Abs. 3, 688 Abs. 3.)

2) Ueber einen von mehreren Ansprüchen oder einen Theil eines Anspruchs kann ein Theilurtheil erlassen werden; da dies aber nicht unbedingt obligatorisch ist, so fragt es sich, ob auch die Form des Zwischenurtheils zulässig ist. Dies ist deshalb von praktischer Wichtigkeit, weil die selbständige Anfechtbarkeit und Vollstreckbarkeit des Theilurtheils unter Umständen gegen dessen Erlassung, andere Gründe dagegen für die Fällung einer bindenden Entscheidung sprechen. Wenn nun das Gesetz eine selbständige Entscheidung schon über eine einzelne Voraussetzung eines Anspruchs zuläßt, so ist doch auch anzunehmen, daß dieselbe Form der Entscheidung für den Anspruch selbst nicht ausgeschlossen ist, soweit nicht ein Zwang für die noch weiter gehende Form des End- bezw. Theilurtheils vorliegt. Das Zwischenurtheil über einen Theilanspruch läßt sich wie ein eingeschränktes Theilurtheil auffassen. Letzteres erklärt einen Theilanspruch unter Berücksichtigung des ganzen auf ihn bezüglichen Streitmaterials für begründet oder unbegründet und zieht zugleich die praktische Folge, daß Beklagter zur Anerkennung eines Rechts oder zu einer Leistung schuldig oder daß Kläger abzuweisen sei. Dagegen enthält das Zwischenurtheil jene Erklärung, zieht aber nicht diese Folge. Damit hat es aber den ganzen Anspruch und nicht bloß eine Summe von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln erledigt, so daß neue nicht mehr vorgebracht werden können. Die Zulässigkeit eines solchen Zwischenurtheils ist auch aus den Verhandlungen der Reichstags-Kommission in erster Lesung (Hahn, Materialien S. 599 ff.) zu entnehmen und von Struckmann-Koch zu § 273, 2. Aufl. S. 233, anerkannt, während Seuffert zu §§ 272, 273 S. 331 sie bestreitet.

Dieselben Gründe sprechen für die Zulässigkeit eines Zwischenurtheils über einen Anspruch, welches die Entscheidung über einzelne

auf ihn bezügliche Punkte vorbehält. Folgende Fälle sind hervorzuheben:

a) Durch Zwischenurtheil kann eine Klageforderung mit Vorbehalt der Entscheidung über eine Kompensationseinrede für begründet erklärt werden. Diese Trennung ist eine mildere Form, als die Verweisung der Einrede zum Separatprozeß oder die Erledigung der Klageforderung durch Theilurtheil. Das Zwischenurtheil ist hier eine Entscheidung nicht über einzelne, sondern über alle Voraussetzungen des Anspruchs mit Ausnahme einer einzigen. Die Zulässigkeit ergiebt sich aus allgemeinen Gründen und deshalb kann es hier auf die Konnexität der Forderungen nicht ankommen.

b) Im § 276 C.P.O. ist ein Zwischenurtheil über einen Anspruch mit Vorbehalt der Festsetzung des Betrags ausdrücklich zugelassen. Vgl. § 5 unter Nr. I. am Schluß.

c) In zwei Fällen läßt die C.P.O. Zwischenurtheile über einen Anspruch mit Vorbehalt der Vertheidigung überhaupt oder eines bestimmten Vertheidigungsmittels zu. Im Urkundenprozeß ist nämlich die Vertheidigung des Beklagten auf die Negation des Klagegrundes und liquide Einreden beschränkt. Wird er aber verurtheilt, so ist ihm stets, wenn er dem Anspruch widersprochen hat, die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten (C.P.O. § 562). Ferner sind in der Berufungsinstanz ohne Rücksicht auf die Prozeßart verspätet vorgebrachte Vertheidigungsmittel, welche in erster Instanz wegen Verschleppung der Sache überhaupt zurückgewiesen werden können, nur vorläufig in der Art zurückzuweisen, daß ihre Geltendmachung dem verurtheilten Beklagten vorzubehalten ist (C.P.O. § 502). In beiden Fällen wird die Vertheidigung nicht etwa für einen Separatprozeß vorbehalten, sie kann vielmehr in derselben Instanz und in demselben Verfahren geltend gemacht werden, da der Rechtsstreit insofern anhängig bleibt (C.P.O. §§ 563, 503). Deshalb ist das Urtheil wie jedes Zwischenurtheil nur ein provisorisches, indem es durch die Entscheidung über die nicht vorbehaltenen Punkte einen Bestandtheil des Endurtheils antizipirt. Eigenthümlich freilich ist es insofern, als es vorläufig ein praktisches Resultat giebt, nämlich eine Verurtheilung ausspricht und vor Erledigung des Vorbehalts vollstreckt werden kann. Dies ist eine Ausnahme,

deren Ausdehnung auf andere Zwischenurtheile, die mit Vorbehalt einer Einrede ergehen, nicht ausgedehnt werden darf. (Vgl. C.P.O. § 502 Abs. 3, § 562 Abs. 3.)

d) Das Zwischenurtheil kann den Anspruch auf Erstattung von besondern Kosten für einzelne Prozeßhandlungen für begründet erklären, während es sich sonst zur Regulirung des Kostenpunkts so wenig wie das Theilurtheil eignet (§ 4 Nr. 2d). Nur die vorhin unter c. erwähnten Zwischenurtheile, die den Hauptanspruch mit dem seiner Benutzung nach in das Belieben des Beklagten gestellten Vorbehalt einer Vertheidigung durch vorläufige Verurtheilung erledigen, haben den Kostenanspruch ebenso zu behandeln. Deshalb ist auch in dem § 503 Abs. 2 und § 563 Abs. 2 C.P.O. vorgeschrieben, daß das Endurtheil über die Kosten anderweitig entscheide.

## II. Die Anordnung einer Trennung der Verhandlung und Entscheidung.

### § 7.

#### 1) Nothwendigkeit und Zulässigkeit der Anordnung.

Die Trennung der Verhandlung und Entscheidung setzt im Allgemeinen eine Anordnung des Gerichts voraus. Nur im Urkundenprozeß ist die Beschränkung der Vertheidigung und die Erlassung eines entsprechenden Zwischenurtheils schon durch die vom Kläger getroffene Wahl der Prozeßart gegeben. Das Gericht kann im Allgemeinen nach freiem Ermessen die Trennung anordnen oder nicht, je nachdem sie solche für zweckmäßig hält. Nur in einigen Fällen muß sie von Amtswegen, in anderen auf Antrag und in den letzteren kann sie auch ohne Antrag verfügt werden.

1) Die Anordnung getrennter Prozesse unterliegt lediglich dem Ermessen des Gerichts (C.P.O. § 136). Dagegen darf die Entscheidung durch die vom Gericht verfügte Verbindung mehrerer Prozesse für keinen verzögert werden (C.P.O. § 272 Abs. 2).

2) Die getrennte Verhandlung von Ansprüchen in demselben Prozeß ist fakultativ.

Bezüglich der Entscheidung soll dagegen die Erlassung von Theilurtheilen, sobald sie möglich ist, die Regel bilden. Die Erlassung kann nur dann unterbleiben, wenn das Gericht sie nach Lage der Sache für nicht angemessen hält (C.P.O. § 273). Das

Gericht kann von dieser Befugniß Gebrauch machen, wenn innere Gründe, die mit der selbständigen Anfechtbarkeit und Vollstreckbarkeit des Theilurtheils zusammenhängen, dafür vorliegen. Die Anfechtbarkeit kann veranlassen, daß über die einzelnen Theilansprüche in mehreren Instanzen gleichzeitig verhandelt und verschieden erkannt wird. Die Theilung kann den Verlust des Rechtsmittels der Revision, das bei jedem einzelnen Urtheil die Beschwerdesumme von 1500 M. voraussetzt, ferner auch mehrfache Berufungen und Revisionen in demselben Prozeß veranlassen. Freilich kann die Partei, welche Rechtsmittel einwenden will, sämmtliche Endurtheile gleichzeitig zustellen lassen und dann die Rechtsmittel zusammen einlegen, um wenigstens eine gleichzeitige Verhandlung zu ermöglichen. Der Gegner kann aber durch frühere Zustellung eines Endurtheils diese Befugniß illusorisch machen (vgl. C.P.O. §§ 288, 477, 514). Die Zulässigkeit der Berufung und die Zuständigkeit des Berufungsgerichts wird übrigens durch die Trennung nicht berührt (C.P.O. § 472, Gerichtsverfassungs-Gesetz § 123 Nr. 1). Hält das Gericht also seine Entscheidung für zweifelhaft und eine Anfechtung für wahrscheinlich, oder kommt der Vortheil der sofortigen Vollstreckung wie bei einem abweisenden Urtheil nicht in Betracht, und zeigt keine Partei ein Interesse an dem Erlaß eines Theilurtheils, so kann es von einem Theilurtheil absehen und um wenigstens eine bindende Entscheidung zu erzielen, ein Zwischenurtheil sprechen.

Rein fakultativ ist nach § 274 C.P.O. das Theilurtheil, welches über eine Klageforderung ohne Rücksicht auf eine nicht konnexe Gegenforderung erlassen werden kann. Das Gericht hat hier ein freies Ermessen und hat dabei namentlich zu erwägen, ob die Durchführung der Kompensation wegen der selbständigen Vollstreckbarkeit des Theilurtheils nicht zu sehr gefährdet wird.

Umgekehrt verhält es sich mit dem Urtheil, welches auf besonderen Antrag die Folgen von Dispositionen der Parteien über den Anspruch selbst, nämlich von einem Anerkenntniß oder Verzicht auszusprechen hat (C.P.O. § 277). Ist ein Theilanspruch Gegenstand einer solchen Disposition, so muß auf Antrag stets ein Theilurtheil erlassen werden. Die Gründe, welche das Gericht sonst bestimmen können, von einem Theilurtheil abzusehen, treffen hier, wo es sich gar nicht um einen Streit handelt, nicht zu und bei dem sehr gewöhnlichen Fall des Anerkenntnisses sprechen die Worte im

§ 278: „zum Theil“ und „dem Anerkenntniß gemäß“ direkt für die Nothwendigkeit des Theilurtheils. Vgl. für den Fall eines schriftlichen Vorverfahrens C.P.O. § 318.

3) Die Beschränkung der Verhandlung und Entscheidung auf einzelne Angriffs- und Vertheidigungsmittel unterliegt im Allgemeinen dem freien Ermessen des Gerichts. Die Ausnahmen sind folgende:

a) Der Karakter des Urkundenprozesses bringt es mit sich, daß das Gericht durch die Wahl dieser Prozeßart verpflichtet wird, zunächst nur eine beschränkte Vertheidigung zuzulassen und die weitere vorzubehalten (C.P.O. § 562). Während insofern eine beschränkte Verhandlung und ein Zwischenurtheil obligatorisch ist, hängt die sonst analog zu behandelnde Verurtheilung mit Vorbehalt einzelner Vertheidigungsmittel, die in der Berufungs-Instanz wegen verspäteter Vorbringung der letzteren möglich ist, von einem Antrag des Klägers und dem richterlichen Ermessen ab (C.P.O. § 502).

b) Umgekehrt kann der Beklagte seine Vertheidigung zunächst auf gewisse Einreden beschränken und verlangen, daß über diese vorab verhandelt und durch Urtheil festgestellt werde, ob er sich überhaupt auf den Prozeß einzulassen habe. Diese Beschränkung hat nicht nur einzutreten, wenn Beklagter sie ausdrücklich beantragt, sondern auch dann, wenn er bei Vorbringung der Einreden die Verhandlung zur Hauptsache verweigert. Es handelt sich hier um die prozeßhindernden Einreden der Unzuständigkeit des Gerichts, der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Rechtshängigkeit und eines Mangels in Bezug auf die Sicherheitsleistung, Kostenerstattung, Prozeßfähigkeit oder gesetzliche Vertretung (C.P.O. §§ 247 ff.). Jene Befugniß steht dem Beklagten nur insofern zu, als er die Einreden gleichzeitig und vor dem Beginn seiner Verhandlung zur Hauptsache geltend macht. Außerdem greift sie nur bei dem landgerichtlichen Verfahren erster Instanz Platz. In der Berufungsinstanz, im amtsgerichtlichen Verfahren und im Urkundenprozeß kann das Gericht die fragliche Beschränkung anordnen, ist aber nicht dazu verpflichtet (C.P.O. § 490 Abs. 2, § 465 Abs. 3, § 557). Auf die Liquidität der Einreden kommt es im Gegensatz zum preußischen Recht nicht an. Von dem Ermessen des Gerichts hängt es ab, ob die Verhandlung auch dann, wenn Beklagter von seiner Befugniß keinen Gebrauch

macht, auf die Einreden, und ferner, ob sie bei Vorbringung mehrerer zunächst auf einzelne beschränkt werden soll.

Wenn aus irgend einem Grunde die Verhandlung auf prozeßhindernde Einreden beschränkt ist, so hat ihr stets ein besonderes Urtheil, also im Fall einer Verwerfung der Einreden ein Zwischenurtheil zu folgen (C.P.O. § 248 Abs. 1). Ausnahmen finden selbst dann nicht statt, wenn Beklagter kein Recht auf abgesonderte Verhandlung hat.

4) Bei einem Zwischenstreit entspricht die abgesonderte Verhandlung und Entscheidung der Natur der Sache, wenn es sich um einen Streit einer oder beider Parteien mit Dritten handelt. Ein Zwischenurtheil ist obligatorisch, wenn über die Zulassung eines Nebenintervenienten, die Rückgabe einer dem gegnerischen Anwalt übergebenen Urkunde und die Weigerung eines Zeugnisses oder Gutachtens mündlich, wie erforderlich, verhandelt ist (C.P.O. §§ 68, 126, 352, 367).

Dagegen ist die Beschränkung rücksichtlich eines Zwischenstreits der Parteien in der Regel von dem richterlichen Ermessen abhängig und nur in folgenden Fällen obligatorisch: Die Folgen der Versäumung eines Termins müssen durch ein besonderes Zwischenurtheil ausgesprochen werden, wenn der Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit anberaumt war, oder die ausgebliebene Partei in ihm einen zu- oder zurückgeschobenen oder richterlichen Eid zu leisten hatte (C.P.O. § 312 Abs. 2, §§ 430, 439). Die Nothwendigkeit dieser Versäumnißzwischenurtheile hängt mit der Konstruktion des gegen die Versäumnißfolgen vom Gesetz gewährten Rechtsbehelfs, des Einspruchs, zusammen. Dieser findet nach §§ 303, 312 C.P.O. nur gegen reine Versäumnißurtheile statt, und damit der säumigen Partei dieses einzige Schutzmittel nicht genommen wird, läßt das Gesetz Urtheile, welche zum Theil auf einer kontradiktorischen, zum Theil auf einer Kontumazial-Verhandlung beruhen, gar nicht zu (vgl. C.P.O. §§ 295—297).

Eine Konsequenz hiervon ist auch die, daß ein kontradiktorisches Endurtheil, welches sich auf die Versäumung des zur Eidesleistung oder ausschließlich wegen des Zwischenstreits anberaumten Termins berufen muß, sich nur auf ein dieserhalb erlassenes Zwischenurtheil, das dem Einspruch nicht mehr unterliegt und somit rechtskräftig geworden ist, beziehen kann. Selbst wenn der Schwurpflichtige

einen Termin zur Eidesleistung und weiteren Verhandlung versäumt, ist neben dem Versäumnißurtheil noch ein besonderes Versäumnißzwischenurtheil über die Eidesweigerung zu erlassen, da es ihm freistehen soll, seinen Einspruch, weil er doch nicht schwören will, lediglich gegen das erstere zu richten. Vgl. die Motive zu § 312 C.P.O. bei Hahn, Materialien S. 299. Die Nothwendigkeit des Versäumnißzwischenurtheils kann freilich Verzögerungen veranlassen, z. B. wenn der schwurpflichtigte Wechselbeklagte selbst den Termin versäumt, aber durch seinen Anwalt verhandeln läßt; leider ist für solche Fälle eine Remedur, z. B. durch Abkürzung der Einspruchsfrist, nicht gegeben.

Wird in dem lediglich wegen eines Zwischenstreits anberaumten Termin kontradiktorisch verhandelt, so liegt ein Grund, der wie bei einer Versäumung das Zwischenurtheil obligatorisch machte, nicht vor. A. A. v. Bülow, in den Beiträgen Bd. 22 S. 818.

## § 8.

### 2) Lage des Prozesses als Voraussetzung der Anordnung einer Trennung.

Das Gericht kann die Verhandlung und Entscheidung in jedem Stadium des Prozesses trennen, selbst dann, wenn über das ganze Streitmaterial schon verhandelt und Beweis aufgenommen ist. Eine abgesonderte Entscheidung setzt voraus, daß über ihren Gegenstand, nicht aber, daß bloß über ihn mündlich verhandelt ist (§ 2). Ihr Gegenstand muß zur Entscheidung reif sein, dabei kann sie sich auf die Versäumung eines Termins gründen und, wenn dies nicht der Fall, darf sie noch durch einen Eid bedingt werden. Ein richterlicher Eid ist immer, ein zugeschobener in der Regel durch Urtheil aufzuerlegen und in sofern ist ein Urtheil schon vor beendigter Beweisaufnahme zulässig (C.P.O. §§ 425, 439 Abs. 3). Das Gesetz macht hierbei keinen Unterschied zwischen Theilurtheilen und anderen Endurtheilen; auch durch Eid bedingte Zwischenurtheile läßt es zu (C.P.O. § 426 Abs. 2). Die Auferlegung des Eides durch Zwischenurtheil hat wie letzteres überhaupt nur eine provisorische Bedeutung, sie ist, wenn es auf den Eid noch ankommt, im Endurtheil zu wiederholen und erst, wenn dieses rechtskräftig ist, kann die Eidesleistung stattfinden (C.P.O. § 426 Abs. 2).

Wie andere Endurtheile, so können auch Theilurtheile auf Grund

einer Kontumazialverhandlung gefällt werden, wenngleich sich selten eine Veranlassung dazu bietet. Jeder Verhandlungstermin ist nämlich zur Verhandlung des ganzen Rechtsstreits bestimmt, wenn er nicht ausdrücklich auf einen Zwischenstreit beschränkt ist (C.P.O. §§ 335, 312 Abs. 2). Die Versäumung des Termins erstreckt ihre Folgen ohne Rücksicht auf eine frühere Verhandlung und Beweisaufnahme, sowie auf Zwischenurtheile stets auf das ganze Streitmaterial, das noch nicht durch Theilurtheile definitiv erledigt ist (C.P.O. § 297). Ueber einen Theil der noch nicht erledigten Ansprüche kann sich ein Versäumnißurtheil nur ausnahmsweise verhalten, z. B. dann, wenn die erschienene Partei im Termin neue, dem ausgebliebenen Gegner mittels vorbereitenden Schriftsatzes nicht mitgetheilte Ansprüche erhebt, der Kläger durch Erweiterung des Klageantrags (C.P.O. § 240 Nr. 2), oder der Beklagte durch eine Widerklage. Die Folgen der Versäumung beziehen sich auf derartige Anträge nicht, während die gehörig mitgetheilten durch Versäumnißtheilurtheil erledigt werden können.

Ein Versäumnißzwischenurtheil ist nur ausnahmsweise, nämlich in den Fällen des § 7 Nr. 4b, zulässig. Die durchgreifenden Folgen der Versäumung stehen der Erlassung eines solchen Urtheils in anderen Fällen entgegen.

Bedingte Versäumnißurtheile sind nicht möglich, weil die Realisirung des Kontumazialpräjudizes nie von einer Eidesleistung abhängen kann.

## § 9.

### 3) Form der Anordnung.

Die Trennung der Verhandlung, selbst die Anordnung getrennter Prozesse ist durch bloßen Beschluß des Gerichts (nicht etwa des Vorsitzenden) auszusprechen. Die Anordnung einer Trennung kann nämlich nach § 141 C.P.O. stets wieder aufgehoben werden, was bei einem Urtheil nicht zulässig wäre (C.P.O. § 289). Da es ferner nur ausnahmsweise auf Anträge der Parteien ankommt, so fehlt es in der Regel an einem geeigneten Gegenstand eines Urtheils, nämlich einem Zwischenstreit. Der Beschluß ist nur dann und zwar von Amtswegen zuzustellen, wenn er, was nicht ausgeschlossen ist, außerhalb einer mündlichen Verhandlung erlassen und deshalb nicht verkündet wird (C.P.O. § 294).

Die Trennung der Entscheidung wird indirekt, nämlich durch ein Theil- oder Zwischenurtheil angeordnet. Der ausdrücklichen Feststellung eines Planes über die Erlassung verschiedener Entscheidungen bedarf es nicht, in einem Theil- oder Zwischenurtheil ist über die später noch zu fällenden Urtheile nichts zu bestimmen. Jedes Urtheil muß äußerlich hervortreten lassen, ob es sich über alle oder einzelne Ansprüche oder über Elemente derselben verhält. Sonst sind die Bestandtheile der End- inkl. Theil- und der Zwischenurtheile dieselben. Die §§ 280 ff. C.P.O. gelten für alle Urtheile. Insbesondere muß jedes Urtheil, auch das Zwischenurtheil seinen Thatbestand, seine Entscheidungsgründe und seine Urtheilsformel enthalten (C.P.O. § 284). Der Mangel an Gründen macht das Urtheil nichtig und dies kann bei einem nicht selbständig anfechtbaren Zwischenurtheil insofern geltend gemacht werden, als ein Endurtheil sich auf dasselbe stützt (C.P.O. §§ 513 Nr. 7, 473, 510, 511). Nur wenn das Gesetz ausdrücklich jede Anfechtung ausschließt, wie z. B. bei der Entscheidung, daß eine unzulässige Klageänderung nicht vorliege (C.P.O. § 242), begründet der Mangel keine Nichtigkeit. Ein Verzicht der Parteien auf die Abfassung von Gründen ist unerheblich, da es sich um eine absolute Nichtigkeit handelt.

Jedes Urtheil ist zu verkünden (C.P.O. §§ 281 ff.). Eine Zustellung ist nur bei denjenigen Urtheilen erheblich, welche selbständig angefochten und vollstreckt werden können, und in dieser Beziehung ist es mit Ausnahme des von Amtswegen zuzustellenden Endurtheils, welches auf Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe lautet (C.P.O. § 582), Sache derjenigen Partei, die ein Rechtsmittel einlegen oder die Vollstreckung betreiben will oder nur auf Grund eines rechtskräftigen Urtheils das Verfahren fortsetzen kann, die Zustellung zu bewirken (C.P.O. §§ 283, 288, 477, 514, 540, 671). Insofern ist die Zustellung bei allen End- auch den Theilurtheilen und bei den selbständig anfechtbaren und vollstreckbaren Zwischenurtheilen (§ 10) erforderlich. Die Zwischenurtheile bedürfen also in der Regel keiner Zustellung und diese hat nicht etwa nachträglich zu erfolgen, wenn sie gleichzeitig mit dem Endurtheil angefochten werden sollen, denn ihre Anfechtung liegt schon in der des Endurtheils und ist nicht an selbständige Fristen und Formen gebunden (C.P.O. §§ 473, 510).

Alle Urtheile sind Gegenstand einer Deklaration und Berichti-

gung im Sinne der §§ 290, 291 C.P.O. und deshalb auch in das auf der Gerichtsschreiberei nach § 287 C.P.O. auszuhängende Verzeichniß zu bringen. Eine Ergänzung durch nachträgliche Entscheidung über einen übergangenen Haupt- oder Nebenanspruch oder über den Kostenpunkt (C.P.O. § 292) ist bei allen Endurtheilen möglich; bei den Theilurtheilen ihrer Natur gemäß jedoch nur dann, wenn sie nach dem Thatbestand auf mehr sich beziehen sollen, als worüber der Tenor sich verhält. Soll z. B. ein Theilurtheil über die Klage im Gegensatz zur Widerklage erlassen werden, so würde es zu ergänzen sein, wenn es einen miteingeklagten Anspruch überginge. Gegenstand der Ergänzung ist die Entscheidung, welche über die Ansprüche selbst durch Verurtheilung oder Abweisung ergeht. Eine Verurtheilung enthalten auch die im Urkundenprozeß und in der Berufungsinstanz mit Vorbehalt einer Vertheidigung erlassenen Zwischenurtheile und sie werden deshalb auch ergänzt werden können. Der § 292 spricht zwar nur von Endurtheilen; wenn aber jene Zwischenurtheile in Betreff der Rechtsmittel den Endurtheilen gleichgestellt sind (C.P.O. §§ 502, 562), so ist dies auch von dem analogen Antrag auf Ergänzung zu verstehen, da er ebenfalls eine Abänderung des Urtheils, wenn auch durch dasselbe Gericht, bezweckt.

## § 10.

### 4) Wirkungen der Anordnung einer Trennung.

#### a) Bindende Kraft der Anordnung.

Die Anordnung der Trennung einer Verhandlung hindert das Gericht nicht, aus Zweckmäßigkeitsgründen sie wieder aufzuheben (C.P.O. § 141). Eine Ausnahme bildet die Absonderung der prozeßhindernden Einreden, welcher nach § 248 Abs. 1 C.P.O. immer ein entsprechend beschränktes Urtheil folgen muß.

Die Trennung der Entscheidung ist, weil sie nur durch Urtheil ausgesprochen werden kann, stets bindend (C.P.O. § 289). Das Theilurtheil erledigt einen Theilanspruch definitiv und ein späteres Endurtheil kann über ihn nicht von Neuem entscheiden. Das Zwischenurtheil schafft eine feste Grundlage für das Endurtheil, das Gericht darf von ihm nicht wieder abgehen, womit aber nicht gesagt ist, daß es das Zwischenurtheil, weil es auf den dadurch erledigten Streitpunkt nicht ankomme, nicht für überflüssig erachten kann. Zwischenurtheile werden stets überflüssig, wenn wegen der durchgreifen-

den Folgen der Versäumung eines Verhandlungstermins zu fingiren ist, daß kein Streit vorliege und ohne Rücksicht auf die frühere Verhandlung ein Versäumnißurtheil zu sprechen ist (C.P.O. §§ 295 bis 297). Dies gilt sogar von einem wenn auch rechtskräftigen Zwischenurtheil über den Grund eines Anspruchs und über einen im Urkundenprozeß erhobenen Anspruch, wenn die Vertheidigung vorbehalten ist (C.P.O. §§ 312 Abs. 1, 563 Abs. 3; vgl. die Motive dazu bei Hahn, Materialien S. 299 und 390). Der Wegfall der Zwischenurtheile ist aber wie das Versäumnißurtheil selbst nur provisorisch; denn der Einspruch beseitigt dieses und setzt jene wieder in Kraft (C.P.O. § 307). Erscheint ein Zwischenurtheil als überflüssig, so wird es in der Regel bei Fällung des Endurtheils einfach nicht beachtet. Nur die Zwischenurtheile, welche auf Verurtheilung mit Vorbehalt einer Vertheidigung lauten, müssen wegen dieses eigenthümlichen Inhalts förmlich aufgehoben werden, wenn sich bei der Ausführung der Vertheidigung der klägerische Anspruch als unbegründet herausstellt (C.P.O. §§ 503, 563).

Das Theilurtheil bindet zunächst bezüglich seines Gegenstandes. Wenn jedoch der erledigte Anspruch für die übrigen präjudiziell ist, wie der auf das Kapital für den auf die Zinsen, oder wenn das Theilurtheil sich nur über die Quote eines Anspruchs verhält, so müssen die festgestellten Elemente der Entscheidung wie bei einem Zwischenurtheil auch für die noch ausstehende Entscheidung maßgebend sein. Denn das Theilurtheil bindet für den ganzen Prozeß, und wenn es z. B. einen Anspruch oder bloß das Fundament desselben als begründet anerkannt hat, so kann das spätere Endurtheil nicht das Gegentheil aussprechen. Im Gegensatz hierzu sind die Urtheile in getrennten Prozessen von einander unabhängig. Mehrere End-(Theil-)urtheile, die in demselben Prozeß erlassen werden, haben in der Regel ihre selbständige Wirksamkeit. Verhält sich aber ein Theilurtheil allein über die Klageforderung und nicht über die erhobene Kompensationseinrede, so müssen bei dem späteren Urtheil über die Gegenforderung die materiellen Wirkungen der Kompensation berücksichtigt werden, wenn beide Forderungen für begründet zu erachten sind. Diese Wirkungen dürfen durch keine Trennung beseitigt werden (vgl. A.L.R. I. 16 § 361). Doch wird eine förmliche Aufhebung des Theilurtheils unzuläſſig sein. Dasselbe erledigt seinen Gegenstand nicht bloß provisorisch, wie ein auf Verurtheilung

mit Vorbehalt lautendes Zwischenurtheil. Von letzterem sowie dem anders zu beurtheilenden Falle einer Berichtigung und Ergänzung und eines Einspruchs abgesehen erlaubt die C.P.O. keine Aufhebung oder Abänderung eines Urtheils durch dasselbe Gericht. Das Urtheil über die Kompensationseinrede hat daher den materiellen Sachverhalt und den gestellten Anträgen entsprechend auf Erstattung des Geleisteten oder Liberirung oder etwa dahin zu lauten, daß Forderung und Gegenforderung als kompensirt zu erachten. Vgl. Seuffert, Kommentar zu § 276 S. 333, auch Struckmann-Koch zu § 274, 2. Auflage S. 235 (anders in der 1., S. 222).

Die Anfechtung eines Urtheils durch Rechtsmittel oder Einspruch hebt seine bindende Kraft auf; soweit aber die zulässige Anfechtung unterbleibt, wird es für die Gerichte aller Instanzen unabänderlich (formell rechtskräftig). Selbständig anfechtbar sind alle End-, auch Theilurtheile (C.P.O. §§ 472, 507), dagegen nur folgende Zwischenurtheile:

1) Die Berufung und Revision ist zulässig gegen Zwischenurtheile, welche eine prozeßhindernde Einrede verwerfen (C.P.O. § 248 Abs. 2), oder eine Forderung bloß ihrem Grunde nach als richtig anerkennen (C.P.O. § 276 Abs. 2) oder in der Berufungsinstanz oder im Urkundenprozeß auf Verurtheilung mit Vorbehalt einer Vertheidigung ergehen (C.P.O. §§ 502 Abs. 2, 562 Abs. 2). Es handelt sich in diesen Fällen um Urtheile zu Gunsten des Klägers; solche auf Abweisung würden Endurtheile und eben deshalb anfechtbar sein.
2) Wie jedes Versäumnißurtheil so unterliegt auch ein Versäumnißzwischenurtheil dem Einspruch (C.P.O. § 303).
3) Zwischenurtheile über einen Streit einer oder beider Parteien mit Dritten können durch sofortige Beschwerde angefochten werden (C.P.O. §§ 68, 126, 352, 367).

Bei allen anderen Zwischenurtheilen läßt das Gesetz die selbständige Anfechtung mit Rücksicht auf die Gefahren einer zu großen Verzögerung und Zersplitterung des Prozesses nicht zu. Die Anfechtung eines Endurtheils erstreckt jedoch ihre Wirksamkeit von selbst auf die ihm zu Grunde liegenden Zwischenurtheile, falls das Gesetz sie nicht ausdrücklich als unanfechtbar oder als nur mit der Beschwerde anfechtbar bezeichnet. Für die höhere Instanz gelten die

nicht selbständig anfechtbaren Zwischenurtheile nicht mehr, als wie Beschlüsse und Verfügungen (C.P.O. §§ 473, 510).

Materiell rechtskräftig, d. h. für einen Anspruch definitiv entscheidend, werden nur die Urtheile, welche einen solchen direkt durch unbedingte oder (durch Eid) bedingte Verurtheilung oder Abweisung erledigen. Nur auf solche Urtheile bezieht sich der § 293 C.P.O. Die Vollstreckung setzt eine nicht durch Eid bedingte Verurtheilung zu einer Leistung voraus. Die Theilurtheile können ohne Rücksicht auf den Erlaß des Schlußurtheils materiell rechtskräftig und vollstreckbar werden. Bei den Zwischenurtheilen, auch den selbständig anfechtbaren, ist dies nicht der Fall. Nur sind diejenigen, welche eine Verurtheilung mit Vorbehalt einer Vertheidigung aussprechen, so lange maßgebend und vollstreckbar, als Beklagter nicht von dem Vorbehalt Gebrauch macht und die Aufhebung des Zwischenurtheils erzielt (C.P.O. §§ 503 Abs. 2, 563 Abs. 2). Von den übrigen Zwischenurtheilen hat überhaupt nur dasjenige eine direkte praktische Bedeutung, welches eine prozeßhindernde Einrede verwirft und hiermit den Beklagten verpflichtet, sich auf die Hauptsache einzulassen.

## § 11.

### b) Weiterer Betrieb des Prozesses nach erfolgter Trennung.

Die C.P.O. giebt den Parteien ein ausgedehntes Dispositionsrecht in Beziehung auf die Führung des Prozesses und überläßt ihnen im Allgemeinen die Zustellungen und Ladungen (C.P.O §§ 152, 191). Jenes Recht bezieht sich jedoch mehr auf die Einleitung als die Fortführung des Prozesses. Der Vorsitzende soll nämlich nach § 127 Abs. 3 dafür sorgen, daß die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt wird und nach §§ 281, 326, 335 soll er speziell von Amtswegen Termine zur Verkündung des Urtheils, zur Beweisaufnahme und zur Verhandlung nach Vollendung der letzteren anberaumen. Vgl. die Motive zu § 9 der allgemeinen Begründung bei Hahn, Materialien S. 137. Es fragt sich nun, welchen Einfluß die Trennung der Verhandlung und Entscheidung in dieser Beziehung hat.

1) Die Anordnung getrennter Prozesse macht für jeden eine völlig selbständige Verhandlung und Entscheidung nothwendig und es wird nicht im Sinn des § 127 Abs. 3 C.P.O. eine einheit-

liche Verhandlung durch alle Prozesse fortgeführt. Das Gericht verordnet durch die Trennung mehrere von einander unabhängige Verhandlungstermine, und es muß bestimmen können, für welchen Prozeß der einmal angesetzte Termin gelten soll, während es sonst der dabei interessirten Partei überlassen bleiben muß, den Gegner nach den allgemeinen Regeln zur Verhandlung zu laden. Mit dieser Ladung ist aber nicht die Zustellung einer neuen Klageschrift über die einmal durch Zustellung der Klage oder (bei der Widerklage und ausnahmsweise bei der Klage, vgl. C.P.O. §§ 251, 253, 461, 471) durch mündlichen Vortrag erhobenen Ansprüche zu verbinden und ebenso sind nicht die Einlassungs-, sondern nur die allgemeinen Ladungsfristen (C.P.O. §§ 194, 234) zu beobachten. Denn die Trennung bezieht sich nur auf die mündliche Verhandlung (C.P.O. § 136); diese muß zwar für jeden Prozeß vollständig sein und auch die Klage oder Widerklage umfassen, indessen bezieht sich dies nur auf den mündlichen Vortrag, der von der schriftlichen Klage nur insofern abhängig ist, als er keine unzulässige Klageänderung enthalten darf. Auch die Rechtshängigkeit, die sachliche Zuständigkeit, die Bestimmung eines gemeinsamen Gerichtsstandes für mehrere Streitgenossen und der Gerichtsstand der Widerklage werden, als mit der bloßen Zustellung der Klage zusammenhängend, durch die Trennung nicht berührt. Vgl. Struckmann-Koch, Kommentar zu § 137, Seuffert zu § 136 S. 141. Der Zweck der Kompensationseinrede als bloßer Einrede gestattet es nicht, daß über sie eher durch Endurtheil erkannt wird, als über die Klage. Ist sie eher zur Entscheidung reif, so wird eine Aufhebung der Trennung und die Entscheidung durch Zwischenurtheil zweckmäßig sein.

2) Wird die Einheit des Prozesses gewahrt, so bleibt auch die Verhandlung eine einheitliche, wenngleich sie zunächst auf einen gewissen Gegenstand beschränkt ist. Dies tritt namentlich darin hervor, daß eine Trennung, selbst durch Erlaß eines Zwischenurtheils, für die Folgen der Versäumung des Verhandlungstermins ohne Einfluß ist. Deshalb hat der Vorsitzende trotz der Trennung von Amtswegen für die Fortsetzung der Verhandlung bis zur völligen Beendigung zu sorgen und nöthigenfalls neue Termine anzuberaumen. Die Verhandlung wird in Folge der Trennung eben nur bis zur Erledigung des betreffenden Gegenstandes und keineswegs bis auf

weiteren Antrag beschränkt; Anträge sind überhaupt nur ausnahmsweise für die Trennung von Bedeutung.

3) Auch die Erlassung eines Theil- und Zwischenurtheils hebt, obgleich sie die Entscheidung trennt, die Einheit des Prozesses noch nicht auf. Das Theilurtheil erledigt freilich seinen Gegenstand definitiv und wird auch durch spätere Versäumungen nicht berührt, indessen ist der nicht erledigte Anspruch so berechtigt wie der erledigte, und das Gericht ist nicht befugt, die Verhandlung des ersteren bis auf weiteren Antrag abzubrechen, weil es einen anderen Anspruch erledigt hat. Es kann zwar Ansprüche zu einem besonderen Verfahren verweisen, aber nur durch die Anordnung getrennter Prozesse.

Noch weniger berechtigt ein Zwischenurtheil, die Fortführung der Verhandlung von einem Antrag abhängig zu machen. Ausgenommen sind nur die Fälle, in welchen das Gesetz die selbständige Anfechtung des Zwischenurtheils zuläßt und andeutet, daß nicht eher weiter verhandelt werden solle, als es rechtskräftig und eine unabänderliche Grundlage für alles Weitere geworden sei. Sonst hat es keinen Sinn, wenn § 248 Abs. 2 und § 276 Abs. 2 C.P.O. bei Zwischenurtheilen über prozeßhindernde Einreden und über den Grund eines Anspruchs dem Gericht besonders gestatten, auf Antrag zur Verhütung von Verschleppungen sofort die weitere Verhandlung anzuordnen. Diese Anordnung soll offenbar eine Ausnahme bilden und in der Regel muß das Gericht eine neue Ladung seitens der Partei, die an der Fortsetzung des Prozesses ein Interesse hat, abwarten. Der Vorsitzende ist auch gar nicht in der Lage, von Amtswegen für die Fortsetzung des Prozesses zu sorgen. Denn die Rechtsmittelfristen laufen erst von der Zustellung des Urtheils ab; diese hängt von dem Belieben der Parteien ab, und der Ablauf der Fristen wird dem Gericht nicht eher bekannt, als eine Partei den Zeitpunkt der Zustellung nachweist. Was speziell die auf Verurtheilung mit Vorbehalt lautenden Zwischenurtheile betrifft, so kann der Vorbehalt füglich nur dahin verstanden werden, daß seine Geltendmachung ganz von dem freien Willen des Beklagten abhängen soll.

## § 11.

### c) Unrichtige Anwendung der Vorschriften über die Trennung.

Die Trennung der Verhandlung und Entscheidung kann unrichtiger Weise angeordnet oder unterlassen werden.

1) Der Beschluß auf Trennung der Verhandlung kann nicht direkt angefochten werden, insbesondere nicht mittels der Beschwerde (vgl. C.P.O. § 539). Ist die Trennung unzulässig, so begründet sie überhaupt nur dann einen wesentlichen Mangel des Verfahrens, der indirekt durch ein gegen das Endurtheil gerichtetes Rechtsmittel gerügt werden kann, wenn die Entscheidung in entsprechender Weise getheilt wird. Bevor dies geschehen ist, kann die unrichtige Anordnung getrennter Prozesse durch Aufhebung der Trennung (C.P.O. § 141) beseitigt werden, und eine unrichtige Beschränkung der Verhandlung innerhalb desselben Prozesses hindert die Parteien nicht, in Beziehung auf den bereits verhandelten Gegenstand nachträglich mit neuen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln hervorzutreten, so daß sie in der Rechtsvertheidigung nicht beschränkt werden. Anders verhält es sich mit einer unrichtigen Trennung der Entscheidung. Ist z. B. eine konnexe Gegenforderung zu einem getrennten Prozeß verwiesen, so beruht das Urtheil über die bloße Klageforderung auf einer Verletzung des Gesetzes und kann von dem unzulässigerweise in seiner Vertheidigung beschränkten Beklagten als nichtig angefochten werden. Aehnlich verhält es sich mit dem Theilurtheil. Das Zwischenurtheil hindert die Parteien, auf den erledigten Punkt zurückzukommen, und es beschränkt, wenn die Trennung unrichtig ist, unzulässigerweise die Rechtsvertheidigung. Das auf ein solches mangelhaftes Urtheil gegründete Endurtheil beruht indirekt auf einer Verletzung des Gesetzes und ist nichtig. Würde z. B. durch Zwischenurtheil ein Anspruch vorbehaltlich des Beweises als begründet erachtet, so wäre es dem Beklagten unzulässiger Weise benommen, Einreden, die sich erst bei der Beweisaufnahme ergeben, noch vorzubringen.

2) Unterläßt es das Gericht, die Verhandlung oder Entscheidung zu trennen, obgleich die Trennung obligatorisch war, so können die Parteien es nicht durch das Rechtsmittel der Beschwerde erreichen, daß desfallsigen Anträgen Folge geleistet wird. Es liegt nämlich keiner der Fälle des § 530 C.P.O. vor, da weder die Beschwerde ausdrücklich zugelassen, noch das Gericht ohne vorgängige Verhandlung zu einer Trennung verpflichtet ist, jedenfalls nur mündlich gestellte Anträge berücksichtigt zu werden brauchen.

Wird ein Theil- oder sonstiges Urtheil nicht erlassen, obschon es geschehen müßte, so ist die Sache vom Gesichtspunkt einer verzögerten Urtheilsfällung, gegen die nur im Aufsichtswege etwas ge-

schehen kann, zu behandeln. Dasselbe gilt, wenn die Vorschriften über die Beschränkung der Vertheidigung und die Nothwendigkeit eines Zwischenurtheils im Urkundenprozeß nicht beobachtet werden. Natürlich verpflichtet ein unrichtiges Verfahren das Gericht der höheren Instanz, sobald die Sache einmal dahin gelangt ist, nicht, Einreden zu beachten, die das untere Gericht nicht hätte berücksichtigen dürfen.

Wird über eine prozeßhindernde Einrede unrichtiger Weise nicht durch ein besonderes Urtheil entschieden, so wird der Beklagte, der dies auf Grund der Einrede weigerte, nicht verpflichtet, zur Hauptsache zu verhandeln. Ein desfallsiger Beschluß kann den Beklagten nicht verpflichten, und ein dennoch in der Hauptsache erlassenes Endurtheil wäre nichtig.

Auch die unrichtiger Weise unterlassene Fällung eines Versäumniß-Zwischenurtheils macht das Endurtheil, welches dennoch aus der Versäumung Folgen herleitet, nichtig. Das Endurtheil würde auf einer Verletzung des Gesetzes beruhen, welches zum Schutz gegen Versäumungen den Einspruch gewährt, diesen aber so konstruirt, daß er nur gegen ein reines Versäumnißurtheil möglich ist, wie oben § 7 ausgeführt worden.

Der große Umfang der richterlichen Trennungsbefugniß wird die Parteien vielfach veranlassen, von der Geltendmachung verschiedenartiger Ansprüche in demselben Prozesse von vornherein abzusehen; damit sie aber in dieser Beziehung nicht zu weit gehen, giebt der § 138 C.P.O. dem Gericht das der Trennungsbefugniß entsprechende Recht, mehrere Prozesse zum Zweck der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden, wenn die Parteien die Mehrheit hätten vermeiden können.

---

# Aus der Praxis.

## Nr. 92.

### Ueber die Form der Korrespondenz zwischen den Gerichten höherer Ordnung und den ihnen nachgeordneten Gerichten ihres Bezirks.

(Reskript des Justizministers vom 8. Juli 1880.)

---

Seit der Einführung der neuen Reichs-Justizgesetze ist nicht selten behauptet worden, daß nach den letzteren, namentlich nach dem Wortlaute der Vorschriften im dreizehnten Titel (Rechtshülfe) des Gerichtsverfassungsgesetzes die Gerichte höherer Ordnung nicht mehr befugt seien, an die ihnen untergeordneten Gerichte im sog. Reskriptenstile zu schreiben, wenn sie die Rechtshülfe der letzteren verlangten, daß vielmehr auch in diesem Falle nur der sog. Requisitionsstil der zulässige sei.

Man hat sich für diese Ansicht auch auf die Auktorität Struckmann's und Koch's gestützt, welche in ihrem Kommentar zum G.V.G. § 158 Note 1 allerdings dieser Ansicht zu folgen scheinen.

In einem neuerlich vorgekommenen Falle hat sich der Justizminister in anderer Weise darüber geäußert.

Ein Senat eines Oberlandesgerichts beschloß in einem vor ihm in der Berufungs-Instanz verhandelten Prozesse die Vernehmung mehrerer Zeugen durch ein entferntes, aber zu dem Bezirk des Oberlandesgerichts gehörendes Amtsgericht. In dem desfalls an das Amtsgericht gerichtete Schreiben brauchte der Senat den sog. Reskriptenstil. Das Amtsgericht sendete das Schreiben mit den demselben beigefügten Akten zurück, indem es dem Senate des Oberlandesgerichts erklärte: es werde die Rechtshülfe erst dann gewähren, wenn es durch ein in Form der Requisition abgefaßtes Schreiben darum *ersucht* werden würde. — Auf den Antrag des Senats ertheilte der *Präsident* des Oberlandesgerichts im Aufsichtswege (§ 78 des Ges. vom 24. April 1878) dem Amtsgerichte die Weisung,

daß letzteres dem Auftrage des Senats ohne allen Verzug bei Vermeidung von disziplinarischen Maßregeln Folge zu leisten habe, indem er ausführte, daß die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes in der Befugniß der übergeordneten Gerichte, an die ihnen untergeordneten Gerichte im sog. Reskriptenstile zu schreiben, nichts geändert haben.

Das Amtsgericht beschwerte sich über die Verfügung des Oberlandesgerichts-Präsidenten bei dem Justizminister. Letzterer beschied das Amtsgericht durch das folgende Reskript vom 8. Juli 1880 (I. 3032):

„Dem Königl. Amtsgerichte erwidere ich auf den Bericht vom 26. v. M., daß ich den darin enthaltenen Ausführungen nicht beitreten kann, vielmehr die anbei zurück erfolgende Verfügung des Herrn Präsidenten des Königl. Oberlandesgerichts vom 19. v. M. für vollkommen gerechtfertigt erachte. Die reichsgesetzlichen Bestimmungen über die Rechtshülfe regeln nur die Sache selbst, haben dagegen über die Form, in welcher die Korrespondenz zwischen dem ersuchenden und dem ersuchten Gerichte zu führen list, nichts bestimmt, auch nichts bestimmen wollen. Dem in Preußen bestehenden Geschäftsgebrauche entspricht es aber, daß das Ersuchen um Rechtshülfe, wenn dasselbe von einem Gerichte höherer Ordnung an ein zu seinem Bezirke gehöriges Gericht nachstehender Ordnung erlassen wird, in der Form des Reskripts erfolgt, während andererseits das im Instanzenzuge untergeordnete Gericht nach Erledigung des Ersuchens die Akten in der Form eines Berichts dem höheren Gerichte wieder einzureichen hat."

---

## Entscheidungen des Reichsgerichts.

### Nr. 93.

In der Revisionssache K. wider N. (767/80) hat das Reichsgericht I. Hülfssenat in dem Urtheil vom 23. März 1880 die Rechtsgrundsätze ausgesprochen:

1. Der § 9 der Exek.-V.O. vom 4. März 1834, insoweit er die Wirkung rechtskräftiger Erkenntnisse auf die Leistung einer Handlung bestimmt, enthält einen Rechtsgrundsatz.

Uebereinstimmend das frühere preuß. Ob.-Trib. Striethorst A. Bd. 84 S. 132.

2. Gegen denjenigen, welcher eine judikatmäßige Leistung wegen subjektiver Unmöglichkeit (Verkauf fremder Sachen) nicht erfüllt, ist der Anspruch auf das volle Interesse nicht schon durch § 9 d. Verord. vom 4. März 1834 begründet. Es kommen vielmehr die allgemeinen Grundsätze des Landrechts über die Folgen einer subjektiven Unmöglichkeit (I. 5 §§ 40—69, I. 11 §§ 153 ff.) zur Anwendung.

(Vgl. Ober-Trib.-Entsch. Bd. 22 S. 160; Striethorst Archiv Bd. 52 S. 309, Bd. 71 S. 223.)

3. Für entwährte Sachen kann bei Arglist oder grobem Versehen des Verkäufers das volle Interesse gefordert werden.

A.L.R. I. 11 § 155. Uebereinstimmend R.-Ob.-H.-G. Entsch. Bd. 14 S. 226. Dagegen Ober-Trib., Striethorst Archiv Bd. 91 S. 148. Vgl. Gruchot Beiträge Bd. 21 S. 96.

---

## Nr. 94.

In der Nichtigkeitsbeschwerde Sache v. W. wider P. u. Gen. hat das Reichsgericht II. Hülfssenat in dem Urtheil vom 15. April 1880 den Rechtsgrundsatz ausgesprochen:

Derjenige, welchem wegen Formmangels der Rücktritt von einem bereits erfüllten Vertrage zusteht, ist berechtigt, seine Erklärung, daß er zurücktreten wolle, so lange der Gegentheil sie nicht akzeptirt hat, zu ändern.

A.L.R. I. 5 § 156; I. 16 § 388. Vgl. die analoge Entsch. des preuß. Ober-Trib. Entsch. Bd. 34 S. 33.

---

## Nr. 95.

In der Nichtigkeitsbeschwerde Sache L. wider M. (446/79) hat das Reichsgericht I. Hülfssenat im Urtheil vom 2. April 1880 den Grundsatz ausgesprochen:

Es ist wesentliche Voraussetzung des Vertrages über Handlungen, daß das gegen die übernommene Handlung Versprochene sich als Vergütung für die Handlung darstellt; daß also die Handlung und die Vergütung als Leistung und Gegenleistung gegenüber stehen.

A.L.R. I. 5 § 165; I. 11 §§ 869, 870, 1047, 1048. (Uebereinstimmend Plenarbeschluß des frühern preuß. Ober-Trib. vom 7. November 1845 — Entsch. Bd. 12 S. 31 — und Striethorst Archiv Bd. 33 S. 68, Bd. 49 S. 333, Bd. 63 S. 9, Bd. 66 S. 159.)

---

Nr. 96.

In der Revisionssache G. wider F. (502/80) hat das Reichsgericht (V. Civilsenat) im Urtheil vom 1. Mai 1880 folgenden Rechtsgrundsatz ausgesprochen:

Nach dem vom Oberlandesgericht zu Posen festgestellten Thatbestand haben die Parteien mündlich vereinbart, daß sie einander gestatten wollen, unmittelbar an der Grenze ihrer Grundstücke Bauten auszuführen. Darnach ist, wie das Reichsgericht sagt, Gegenstand des Vertrages auf beiden Seiten eine Leistung, welche in dem versprochenen Dulden von Handlungen besteht. Die in dem Dulden bestehende Leistung fällt aber als negatives Thun unter den Begriff einer Handlung. Hat daher der Revisionsbeklagte, wie festgestellt, den Bau des Gegners geduldet, und damit die versprochene Handlung geleistet, so muß auch der Kläger die Gegenleistung als verabredete Vergütung gewähren.

A.L.R. I. 5 § 165; I. 11 § 869. (Uebereinstimmend Entsch. des Ober-Trib. Bd. 65 S. 30.)

---

Nr. 97.

In der Revisionssache H. wider K. (33/80) hat das Reichsgericht IV. Civilsenat in dem Urtheil vom 1. April 1880 den Rechtsgrundsatz ausgesprochen:

Daß Städte für die durch ihre Beauftragten (Baubeamte) in Ausführung ihres Auftrages einem Dritten zugefügte Beschädigungen nur insofern haften, als ihnen bei Auswahl ihrer Beamten ein nach A.L.R. I. 6 §§ 50—53 vertretbares Versehen zur Last fällt.

Uebereinstimmend das frühere preuß. Ober-Trib., Striethorst Archiv Bd. 52 S. 17, Bd. 55 S. 18. Nicht widersprechend ist der Plenarbeschluß vom 11. Juni 1847 — Entsch. Bd. 14

S. 92 —, weil er die unmittelbare Haftbarkeit der Gemeinden auf Fälle mit besonderen Voraussetzungen beschränkt.

Vgl. das S. 507 Nr. 64 in diesem Bande der Beiträge mitgetheilte Urtheil des Reichsgerichts.

---

## Nr. 98.

In der Nichtigkeitsbeschwerde Sache M. wider R. (106/79) hat das Reichsgericht II. Hülfssenat in dem Urtheil vom 5. April 1880 den Rechtsgrundsatz ausgesprochen:

Die Vorschrift des A.L.R. I. 9 § 521, wonach zum Nachtheile eines Gutseigenthümers keine Verjährung gegen den Pächter, wohl aber gegen den Verwalter anfangen kann, ist nicht anwendbar, wenn nur einzelne Pertinenzien oder Gerechtsame eines Grundstücks verpachtet sind. Die Frage der Anwendbarkeit des Gesetzes ist mit Rücksicht auf den Grund des Gesetzes nach den besonderen Umständen des Falles zu prüfen.

Uebereinstimmend das frühere preuß. Ober-Trib., Präj. 1424; Rechtsfälle aus der Praxis III. S. 108; Entsch. Bd. 61 S. 29; Striethorst Archiv Bd. 1 S. 192, Bd. 2 S. 32.

---

## Nr. 99.

In der Nichtigkeitsbeschwerdesache Sch. wider Sch. (132/79) hat das Reichsgericht II. Hülfssenat in dem Urtheil vom 1. März 1880 den Grundsatz ausgesprochen:

Die Gerechtigkeit, Gras und Heu über ein fremdes Grundstück abzufahren, enthält nicht zugleich das Recht der Torfabfuhr.

A.L.R. I. 22 §§ 8 und 71.

Uebereinstimmend das frühere preuß. Ober-Trib., Rechtsfälle Bd. 4 S. 164.

---

## Nr. 100.

In der Nichtigkeitsbeschwerdesache D. wider v. D. (99/79) hat das Reichsgericht II. Hülfssenat in dem Urtheil vom 8. April 1880 folgenden vom frühern preuß. Ober-Tribunal aufgestellten Rechtsgrundsätzen beigestimmt:

Die im A.L.R. II. 4 § 122 zugelassene dreißigjährige Verjährung kann gegen ein Familien-Fideikommiß als solches nur soweit von

Wirksamkeit sein, als sie in einer Weise begonnen hat, wodurch sämmtliche Fideikommiß-Interessenten gebunden sind;

ferner:

Wenn der Besitzer eines Grundstückes, gegen welchen eine Grundgerechtigkeit aus dem Fundamente der erwerbenden Verjährung prätendirt wird, einwendet, daß die Ersitzung durch die Fideikommiß-Eigenschaft des Grundstücks ausgeschlossen werde, so liegt ihm der Beweis ob, daß dem Grundstücke, welches dienstbar sein soll, die Eigenschaft eines Familien-Fideikommißgutes beiwohnte, und daß diese Eigenschaft bereits bei Beginn der auf Erwerb durch Verjährung gerichteten Handlungen entweder im Hypothekenbuche vermerkt oder dem Verjährenden bekannt war. Nur wenn dies dargethan, hat der Prätendent den Nachweis zu führen, daß die Verjährung in einer sämmtliche Fideikommiß-Interessenten bindenden Weise begonnen habe.

(Präjudiz des Ober-Trib. Nr. 2704. Entsch Bd. 41 S. 247, Bd. 51 S. 278, Bd. 53 S. 184. Striethorst Archiv Bd. 90 S. 296).

---

Nr. 101.

In der Nichtigkeitsbeschwerdesache H. und Gen. wider v. B. (117/79) hat das Reichsgericht II. Hülfssenat durch Urtheil vom 26. Februar 1880 den Grundsatz ausgesprochen:

Das Recht zur Fischerei umfaßt zugleich das Recht, Krebse zu fangen. Auf letzteres Recht finden deshalb auch die Bestimmungen des Gesetzes vom 2. März 1850 über Ergänzung der Gem.-Th.-Ordnung Art. I. und XII. betreffend den Ausschluß der Verjährung Anwendung.

A.L.R. I. 9 §§ 170—175; II. 15 § 78.

---

Nr. 102.

In der Revisionssache J. wider J. (22/80) hat das Reichsgericht IV. Civilsenat in dem Urtheil vom 8. April 1880 die Rechtsgrundsätze ausgesprochen:

Hat unter geschiedenen Ehegatten Gemeinschaft der Güter nach dem A.L.R. bestanden, so kann kein Theil die Herausgabe einzelner ihm gehöriger Sachen von dem andern fordern, bevor in einem Auseinandersetzungsverfahren festgestellt ist, was jeder dem andern herauszugeben resp. zu vergüten hat.

Der Umstand, daß baar eingebrachtes Geld nicht mehr vorhanden ist, genügt allein nicht, um den Anspruch auf dasselbe zurückzuweisen, denn nicht nur das in den individuell identischen Vermögensstücken zur Zeit der Auseinandersetzung noch vorhandene Eingebrachte unterliegt dem Recht auf Zurücknahme, sondern es kommt darauf an, ob die Werthe der inferirten, aber nicht mehr vorhandenen Objekte in der gemeinschaftlich gewesenen Vermögensmasse sich vorfinden.

A.L.R. II. 1 §§ 755, 812. Uebereinstimmend das frühere preuß. Ober-Trib. Vgl. Hinschius, jur. Wochenschrift 1842 S. 682; Entsch. Bd. 16 S. 233; Striethorst Archiv Bd. 46 S. 122. Vgl. Entsch. Bd. 66 S. 129.

---

Nr. 103.

In der Nichtigkeitsbeschwerdesache A. wider N. (21/80) hat das Reichsgericht IV. Civilsenat in dem Urtheil vom 18. März 1880 den Rechtsgrundsatz ausgesprochen:

Bescholtenheit eines Frauenzimmers gemäß § 9 Nr. 2 des Gesetzes vom 24. April 1854 ist auch dann anzunehmen, wenn die Thatsachen, auf welche sich die Feststellung stützt, in eine frühere Zeit (von 4 bis 5 Jahren) fallen.

---

Nr. 104.

In der Nichtigkeitsbeschwerdesache v. d. Sch. wider G. (28/80) hat das Reichsgericht IV. Civilsenat in dem Urtheil vom 22. April 1880 den Rechtsgrundsatz ausgesprochen:

Daß über die Frage der Nothwendigkeit und Art eines kirchlichen Baues dem bürgerlichen Richter keine Kognition zusteht.

A.L.R. II. 11 §§ 707, 708. Uebereinstimmend das frühere preuß. Ober-Trib. Entsch. Bd. 54 S. 305; Striethorst Archiv Bd. 90 S. 96. Vgl. dagegen Erk. des Gerichtsh. zur Entsch. der Komp.-Konfl. im Just.-Min.-Bl. de 1854 S. 94.

---

Nr. 105.

In der Revisionssache Forstfiskus wider K. u. Gen. (3/79) hat das Reichsgericht II. Hülfssenat durch Urtheil vom 23. Febr. 1880 angenommen:

Die Ufer von dem Fiskus gehörigen, im Meere gelegenen Inseln sind Meeresufer und als solche zu den res publicae im engeren Sinne zu rechnen, deren Nutzung Jedermann freisteht, soweit dieselbe unbeschadet der Bestimmung von res publicae zum öffentlichen Gebrauch möglich ist. Eine auf das Privateigenthum des Fiskus an den Inseln gestützte Negatorienklage ist deshalb der Kognition der Gerichte entzogen.

A.L.R. II. 15 §§ 80 ff.; Entsch. des Ober-Tribunals Bd. 20 S. 401; Erk. des Gerichtshofes zur Entsch. von Komp.-Konfl. vom 14. Januar 1854, Just.-Min.-Bl. S. 180.

---

## Nr. 106.

In der Nichtigkeitsbeschwerdesache v. R. wider B. (157/79) hat das Reichsgericht II. Hülfssenat durch Urtheil vom 1. März 1880 den Rechtsgrundsatz ausgesprochen:

§ 7 des Eigenthumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 hat keine rückwirkende Kraft. Es kann deshalb der vor dem Erlaß des Gesetzes eingetragene Eigenthümer die Vindikation nicht allein durch Bezugnahme auf die geschehene Eintragung begründen. Dasselbe gilt in dem Falle, daß der Eigenthumserwerb vor dem Inkrafttreten des gedachten Gesetzes erfolgt, die Eintragung aber erst nach dem 1. Oktober 1872 gemäß § 49 der Grundbuch-Ordnung bewirkt ist.

Vgl. Entsch. des Ober-Trib. Bd. 71 S. 243; Gruchot Beiträge Bd. 23 S. 119.

---

## Nr. 107.

In der Nichtigkeitsbeschwerdesache B. wider K. (399/79) hat das Reichsgericht I. Hülfssenat im Urtheil vom 22. Juni 1880 angenommen:

Daß die Bestimmung des § 10 des Eigenth.-Erw.-Gesetzes vom 5. Mai 1872, wonach die mangelnde Form eines Geschäfts durch die Auflassung geheilt wird, auch auf mündliche Nebenabreden zu dem schriftlichen Veräußerungsvertrage Anwendung findet.

Uebereinstimmend das frühere preuß. Ober-Trib., Entsch. Bd. 81 S. 9; Striethorst Archiv Bd. 99 S. 317; Gruchot Beiträge Bd. 22 S. 405.

---

## Nr. 108.

In der Nichtigkeitsbeschwerdesache X. wider Sch. (167/79) hat das Reichsgericht III. Hülfssenat laut Erkenntniß vom 10. März 1880 den Grundsatz ausgesprochen:

Der Eigenthümer, welcher sich gegen die Klage des Cessionars eines Hypothekengläubigers mit Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältniß schützen will, hat darzuthun, daß die solche Einreden zulassenden Bedingungen des § 38 des Eigth.-Erw.-Gesetzes vorliegen.

Uebereinstimmend das frühere preuß. Ober-Trib., Entsch. Bd. 83 S. 233.

---

## Nr. 109.

In der Nichtigkeitsbeschwerdesache des Bergfiskus wider K. (369/79) hat das Reichsgericht III. Hülfssenat in dem Urtheil vom 21. April 1880 den Rechtsgrundsatz ausgesprochen:

Dem Theile einer Hypothekenforderung, welchen der zu Abschlagszahlungen verpflichtete Grundeigenthümer abgetragen hat, steht in Ermangelung entgegenstehender Abreden gleicher Rang, wie der Restforderung des Gläubigers zu.

Uebereinstimmend das frühere preuß. Ober-Trib., Entsch. Bd. 77 S. 166; Striethorst Archiv Bd. 98 S. 270. Dagegen Striethorst Archiv Bd. 44 S. 2, Bd. 64 S. 83.

---

## Nr. 110.

In der Nichtigkeitsbeschwerdesache H. wider Sch. (55/80) hat das Reichsgericht V. Civilsenat in dem Urtheil vom 24. April 1880 den Rechtsgrundsatz ausgesprochen:

Bei Handelsgeschäften bedarf die Cession von Forderungen nicht der Schriftform. Dies gilt sowohl von dem die Cession begründenden Vertrage als von dem Akt der Abtretung.

Uebereinstimmend das frühere R.O.H.G., Entsch. Bd. 15 S. 145.

---

## Nr. 111.

In der Nichtigkeitsbeschwerdesache G. wider J. (539/79) hat das Reichsgericht I. Hülfssenat in dem Urtheil vom 23. März 1880 die Rechtsgrundsätze ausgesprochen:

1. Der Verkäufer hat, wenn der Käufer die übersandte Waare zur Disposition stellt, die Gefahr für Verlust und Verzögerung des Moniturbriefes nur dann zu tragen, wenn der Käufer bei ordnungsmäßiger Absendung des Briefes seine Pflicht erfüllt hat.

H.G.B. Art. 347. Uebereinstimmend das frühere R.O.H.G., Entsch. Bd. 19 S. 153.

2. Die Erklärung des Käufers, daß er nach dem Vertrage zur Annahme der Waare nur verpflichtet sein sollte, wenn sie ihm gefalle, enthält ein Läugnen des behaupteten unbedingten Vertragsschlusses. Der Verkäufer muß deshalb seine Behauptung beweisen.

Uebereinstimmend das frühere R.O.H.G., Entsch. Bd. 11 S. 362.

---

## Nr. 112.

In der Nichtigkeitsbeschwerdesache M. wider B. (220/78) hat das Reichsgericht I. Hülfssenat in dem Urtheil vom 11. Mai 1880 den Rechtsgrundsatz ausgesprochen:

Nach der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 ist weder der Betrieb der Landwirthschaft noch der Betrieb eines landwirthschaftlichen Nebengewerbes mit selbst erzeugten Rohstoffen für Rechnung des Landwirths ein Gewerbe. Auf die dabei Beschäftigten findet deshalb die Vorschrift des § 108 (resp. 120a) der Gewerbe-Ordnung betreffend die der Klage voranzugehende Entscheidung der Gemeindebehörden keine Anwendung.

---

## Nr. 113.

In der Revisionssache Sch. wider Postfiskus (476/79) hat das Reichsgericht III. Civilsenat im Urtheil vom 4. Mai 1880 folgende Rechtsgrundsätze angenommen:

1. Der Pensionsanspruch eines Landesbeamten, welcher als mittelbarer, nicht vom Kaiser selbst angestellter Beamter (Postpackmeister) in den Reichsdienst tritt, wird entweder nach den Vorschriften des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 (§§ 43, 45 ff.), oder nach den Bestimmungen des Landesgesetzes, welchem er früher unterworfen war, sofern diese für ihn günstiger sind (§ 70 ibid), bemessen. Letzteren Falles ist jedoch nur das Ein-

kommen, welches der Beamte bei der Uebernahme in den Reichsdienst hatte, der Berechnung zu Grunde zu legen. Das wohlerworbene Recht des Beamten (§ 70 cit.) erstreckt sich nicht auf Gehaltszulagen, welche er erst als Reichsbeamter vom Reiche erhalten hat.

2. Der Art. 18 der Reichsverfassung verbindet mit dem Begriffe eines Reichsbeamten einen engeren Sinn, als das Reichsbeamtengesetz. Ersterer bezieht sich nur auf die vom Kaiser unmittelbar ernannten Beamten (Ueberschrift der Verordnung vom 29. Juli 1871, R.G.Bl. S. 303; Allerh. Erlaß vom 3. August 1871, R.G.B. S. 318; Bundesgesetz über die Kautionen vom 2. Juni 1869 § 1). Ob Art. 18 cit. für die unmittelbaren Reichsbeamten einen andern Rechtszustand in Betreff der Pensionsansprüche geschaffen hat, ist hiermit nach der Ausführung in dem Urtheil nicht entschieden.

---

## Nr. 114.

**1. Werthberechnung bei der Minderungsklage. Sowohl beim Kauf- als beim Tauschvertrage ist die sogenannte relative Berechnungsart anzuwenden.**

**2. Kann der Käufer, nachdem er erklärt hat, die fehlerhafte Sache zurückgeben zu wollen, von seiner durch den Verkäufer nicht angenommenen Erklärung wieder abgehen und die Minderungsklage anstellen?**

A.L.R. I. 5 §§ 325—328, I. 11 §§ 363—375.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 5. März 1880 in Sachen G., Beklagten, wider H., Kläger. 90/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten wider das Erkenntniß des preuß. Kammergerichts zu Berlin ist für begründet erachtet, und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung in die zweite Instanz zurückverwiesen aus folgenden

### Gründen:

Die Parteien haben am 25. bezw. 26. Juli 1876 einen Tauschvertrag abgeschlossen. Der Kläger hat einen schwarzen Wallach und 300 M. baar, der Beklagte dagegen einen Grauschimmel in Tausch gegeben. Wegen Dämpfigkeit des Schimmels verlangt der Kläger jetzt mit der Minderungsklage vom Beklagten die Werthdifferenz des als gesund gedachten und des dämpfigen Grauschimmels mit 525 M. und 6% Zinsen seit 26. Juli 1876, dem Tage der Ueber-

gabe, sowie M. 25,50 Auslagen und 6% Zinsen seit der Klagebehändigung.

Der Appellationsrichter hat das erste Urtheil, nach welchem dem Kläger 400 M. und 21. M. nebst 5% Zinsen seit 26. Juli bezw. 14. September 1876 zugesprochen sind, derselbe aber in Höhe von M. 129,50 nebst mehrgeforderten Zinsen abgewiesen ist, bestätigt.

Der Beklagte rügt in seiner Nichtigkeitsbeschwerde Verletzung des A.L.R. I. 5 §§ 325—328, I. 11 §§ 363—375, sowie des Rechtssatzes, „daß die actio quanti minoris nur so lange zustehe, als man vom Vertrage nicht zurückgetreten sei"; endlich Verkennung des Rechtsbegriffes des Tausches.

Von diesen Vorwürfen greift der auf Verletzung des A.L.R. I. 5 § 328 gestützte durch.

Der Appellationsrichter hat dem Kläger als Ersatzsumme den Differenzbetrag zwischen dem Werth des Grauschimmels als gesund gedacht und dem Werth desselben im dämpfigen Zustande zugesprochen. Diese Art der Berechnung der Ersatzsumme entspricht nicht dem Sinne des § 328 a. a. O.,

> wonach der Empfänger von dem Geber soviel an Vergütung fordern kann, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger werth ist.

Beim Kaufe fordert der Minderungskläger Herabsetzung des Kaufpreises wegen des minderen Werthes der fehlerhaft befundenen Sache. Darüber, welche Differenz bei der Preisermäßigung entscheidend sein soll, herrscht Streit. Man kann für maßgebend halten:

entweder

a) die Differenz zwischen dem wahren Werth der fehlerhaften und dem Werth der fehlerlosen Sache,

oder

b) die Differenz zwischen dem wahren Werth der fehlerhaften Sache und dem Kaufpreise,

oder

c) die Differenz zwischen dem Kaufpreise und derjenigen Summe, welche zu dem Kaufpreise in dem Verhältnisse steht, wie der Werth der fehlerhaften Sache zum Werth der fehlerlosen Sache.

Entspricht der Kaufpreis dem wahren Werth der als gesund

geschätzten Sache, so stehen sich die eben gedachten 3 Differenzen gleich. Entgegengesetzten Falles ist die Differenz eine verschiedene.

Die beiden ersten (absoluten) Berechnungsarten stehen mit der Natur der Minderungsklage im Widerspruch und führen in ihrer Konsequenz zu unhaltbaren Resultaten, können also eine allgemeine giltige Basis nicht darbieten.

Bei der ersten wird nicht das Kaufgeschäft dem Fehler entsprechend in der Preisnormirung modifizirt, sondern im Resultat dem Käufer der absolute Werth der fehlerlosen Sache gewährt. Dies widerspricht der Natur der actio quanti minoris, welche nicht auf das Erfüllungsinteresse, sondern auf Minderung des Kaufpreises, das heißt der Gegenleistung geht.

Bei dieser Rechnungsart würde, wenn die Werthdifferenz der fehlerhaften und fehlerlosen Sache den Kaufpreis erreichte oder überstiege, der Minderungskläger mindestens sein volles Kaufgeld zurückbekommen und überdies die fehlerhafte Sache behalten.

Bei der zweiten Berechnungsart tritt an die Stelle eines Kaufgeschäfts mit freier Preisnormirung ein anderes Geschäft, bei welchem der objektive Taxwerth der fehlerhaften Sache als Preis fixirt wird, während die Minderungsklage nicht die Aufhebung des Kaufgeschäfts bezielt. Hier würde, wenn der Werth der fehlerhaften Sache den Kaufpreis erreichte oder überstiege, jeder Ersatzanspruch des Käufers ausgeschlossen sein.

Die dritte (relative) Berechnungsart führt solche Unzuträglichkeiten nicht herbei und fußt überdies auf dem der Sache und Rechtslage völlig entsprechenden und in den römischen Rechtsquellen angedeuteten Gesichtspunkte, daß der Käufer, wenn er den Fehler der gekauften Sache gekannt hätte, nur soviel gezahlt haben würde, als sie wegen des Fehlers (mit Rücksicht auf den Kaufpreis) weniger Werth hat.

L. 61 D. de aedil. edict. (21, 1); l. 13 pr. D. de act. emti (19, 1); l. 32 § 1 D. de evict. (21, 2).

Daß auch das preußische Allg. Landrecht (I. 5 §§ 328, I. 11 206) von diesem Gesichtspunkte ausgegangen, ist um so zweifelloser, als es bei der Eviktion von Theilen oder Pertinenzstücken von verkauften Sachen und bei der Gewähr der Quantität der verkauften Sache dasselbe Prinzip ausdrücklich ausgesprochen hat. A.L.R. I. 11 §§ 170, 171, 210, 211.

(Vergl. unter Andern Windscheid, Pandekten Bd. 1. § 394 Note 1; Dr. E. Hoffmann, im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 4 S. 181 § 2; Gruchot Beiträge Bd. 2 S. 331 ff. Nr. 7; Dernburg, preußisches Privatrecht II. § 144 S. 335 Note 25; Hellweg im Archiv für die civilrechtliche Praxis Bd. 59 S. 35 ff.).

Auch das vormalige Reichs-Oberhandelsgericht hat für das preußische Recht beim Kaufe diese relative Berechnungsart für anwendbar erklärt. Entscheidungen Bd. 15 S. 327 (vergl. Bd. 21 S. 206).

Ihre Anwendung beim Tauschvertrage kann einem begründeten Bedenken nicht unterliegen.

Eine gleiche Bestimmung, wie das römische Recht in l. 19 § 5 D. de aed. ed. (21, 1):

— — emtorem accipere debemus eum, qui pretio emit, sed si quis permutaverit, dicendum est, utrumque emtoris et venditoris loco haberi et utrumque posse ex hoc edicto experiri

hat das preußische Allgem. Landrecht im § 364 I. 11 dahin aufgestellt:

„Bei dem Tausche ist jeder Kontrahent in Ansehung der Sache, die er giebt, als Verkäufer und in Ansehung derjenigen, die er dagegen empfängt, als Käufer zu betrachten."

Daraus folgt, daß die für den Kauf gegebenen Regeln soweit, als nicht davon abweichende Sonderbestimmungen für den Tausch gegeben sind, auf die analogen Verhältnisse beim Tausch Anwendung finden.

Weder das römische Recht (l. 19 § 5 cit.; l. 2 D. de rerum permut. 19, 4), noch das preußische Recht haben für die actio quanti minoris beim Tausch abweichende Bestimmungen aufgestellt. Im Gegentheil sind die Vorschriften über die Gewährleistung wegen fehlender Eigenschaften (A.L.R. I. 5 §§ 325 ff.) im § 318 I. 5. A.L.R. ausdrücklich als der Regel nach bei allen lästigen Verträgen maßgebend erklärt; und der § 370 I. 11 das.:

„Ist einem der Kontrahenten nur ein Theil der eingetauschten Sache durch den Anspruch eines Dritten entzogen worden, so müssen beide vertauschten Sachen abgeschätzt und sodann der Werth des entzogenen Theils verhältnißmäßig bestimmt werden"

wendet das hier in Rede stehende Prinzip der Relativität direkt auf den Fall der Eviktion eines Theils der eingetauschten Sache an.

Eben dieselbe Anwendung machen die §§ 365, 366 A.L.R. I. 11 bei der laesio enormis.

Wie beim Kaufe der Kaufpreis, so bildet beim Tausche das vom Minderungskläger hingegebene Tauschobjekt die Gegenleistung. Bei der Ermittelung der Ersatzsumme tritt also beim Tauschvertrage an die Stelle des Kaufpreises der Werth der Gegenleistung.

Hat der Minderungskläger eine Sache unter Zuzahlung einer Geldsumme gegeben, so bildet der in Geld geschätzte Werth der Sache unter Zurechnung der zugezahlten Baarsumme die Gegenleistung.

Die vom Appellationsrichter gegen die Anwendbarkeit der relativen Berechnungsart auf den vorliegenden Tauschvertrag hervorgehobenen Gründe sind nicht stichhaltig. Er führt aus:

> Zum Wesen des Tausches gehöre, daß Objekt gegen Objekt ohne Rücksicht auf den Werth gegeben werde, auch sei nicht der Werth des vom Kläger gegebenen schwarzen Wallachs, sondern der Wallach selbst eingetauscht. Zudem sei vom Kläger als Tauschobjekt der schwarze Wallach und 300 M. gegeben; aus diesen unter sich verschiedenen Begriffen könne aber nicht ein Gesammtkaufpreis, das heißt ein Gesammtwerth des Tauschobjekts, hergestellt werden.

Will der Vorrichter daraus etwa gefolgert wissen, daß der Werth der Tauschobjekte deshalb, weil auf ihn die Kontrahenten keine Rücksicht genommen hätten, auch nicht bei Ermittelung des Minderwerthes in Betracht gezogen werden könne, so widerspricht dem schon seine eigene Berechnung, welche sich ebenfalls auf den wahren Werth des vom Kläger eingetauschten Grauschimmels stützt. Ueberdies kann der Grundgedanke, von welchem der Vorrichter ausgeht, nicht als richtig anerkannt werden. Bei Abschluß des Tauschvertrages haben zweifellos die Parteien auf den Werth der beiderseitigen Tauschobjekte entscheidendes Gewicht gelegt, wie dies ja aus der Stipulation des vom Kläger zu leistenden Baarzuschusses klar erhellt. Sie sind also jedenfalls davon ausgegangen, den wahren Werth der beiderseitigen Leistungen einzutauschen. Daraus folgt, daß man auch bei der Frage, welche geringere Gegenleistung der Kläger aufgewendet haben würde, wenn er den Fehler des eingetauschten Grauschimmels gekannt hätte, von dem wahren Werth der Gegenleistung ausgeht.

Vergl. Heusers Annalen Bd. 4 S. 80 ff., 99 ff.

Die (von Bähr im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 7 S. 67 ff. vertretene) Ansicht, daß dann, wenn die Abschätzung der Tauschobjekte verschiedene Werthe ergiebt, aus diesen der einheitliche Kontraktswerth konstruirt und der Berechnung zum Grunde gelegt werden müsse, ist zu künstlich und entbehrt jeder gesetzlichen Basis.

Hat aus den oben entwickelten Gründen der Vorrichter durch seine unrichtige Feststellung der Ersatzsumme das A.L.R. I. 5 § 328 verletzt, so unterliegt seine Entscheidung der Vernichtung. In der Sache selbst kann definitiv noch nicht erkannt werden.

(Hier folgt die Ausführung, welcher Beweisaufnahme es für die richtige Werthermittelung noch bedarf).

Ebenso hinfällig ist des Beklagten weiterer Einwand, der Kläger dürfe die Minderungsklage nicht mehr anstellen. Nachdem der Beklagte das briefliche Verlangen des Klägers auf Aufhebung des Tauschgeschäfts vom 9. August 1876 unbeantwortet gelassen und der Kläger ihm am 31. desselben Monats geschrieben hatte, daß er beim Vertrage stehen bleibe, stand dem Kläger die Erhebung der Minderungsklage vom 4. September 1876 zu. Die nachträgliche, vom Kläger abgelehnte Offerte des Beklagten zur Redhibition vom 15./16. Oktober 1876 war verspätet. Ein Vertrag, daß dem Kläger nur die actio redhibitoria zustehen solle, ist hiernach unter den Parteien nicht zu Stande gekommen:

A.L.R. I. 5 §§ 96 ff., H.G.B. Art. 319 ff.

Ebensowenig liegt — was hier dieselbe Wirkung haben würde — eine vom Verklagten akzeptirte Verzichtleistung des Klägers auf das jus variandi vor.

Dies (Vertrag oder Entsagung) aber ist hier, wo Verlust des Wahlrechts durch Anstellung der Klage oder Richterspruch (vergl. Entscheidungen des preußischen Ober-Tribunals Bd. 34 S. 73) nicht in Frage steht, allein entscheidend.

Die Frage, ob — in Ermangelung besonderer gesetzlicher oder bei Abschluß des lästigen Vertrags von vorn herein bezüglich des Wahlrechts, dessen Ausübung und Verlustes getroffener Bestimmungen — durch eine einseitige Erklärung des berechtigten Gläubigers (oder Schuldners) das Wahlrecht dergestalt absorbirt werde, daß von der gewählten Leistung nicht mehr abgegangen werden dürfe, ist kontrovers. Sie muß dahin beantwortet werden, daß der Regel nach das Wahlrecht nur durch Gründe verloren werden könne, durch

welche Rechte verloren werden; mithin innerhalb des Rahmens des vorliegenden Falles durch Vereinbarung oder formell gültige Entsagung (A.L.R. I. 16 §§ 378 ff., 381, 387), nicht aber durch einseitige formlose Erklärung, aus welcher ein Verzicht des Erklärenden auf Aenderung seines Entschlusses für den Fall, daß der Gegner nicht sofort auf Letzteren eingehe, nicht erhellt.

Vergl. Windscheid, Pandekten Bd. 2 S. 255 S. 14 ff., insbesondere Note 9 und die dort allegirten Schriftsteller, zu welchen hinzutritt Regelsberger in den Jahrbüchern für die Dogmatik Bd. 16 S. 159.

Zunächst ist also zu untersuchen, ob im Gesetz Bestimmung über die Wirkung einer einseitigen Erklärung auf Absorbirung des Wahlrechts getroffen ist.

Der § 328 A.L.R. I. 5 schreibt vor:

Kann oder will der Empfänger die fehlerhafte Sache in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat, nicht zurückgeben, so hat es bei dem Kontrakte sein Bewenden und der Empfänger kann von dem Geber nur soviel an Vergütung fordern, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger werth ist.

Diese Vorschrift bezieht sich nur auf den Fall, wenn der Empfänger die Sache nicht zurückgeben (kann oder) will, wo bei letzterer Alternative also der Entschluß des Empfängers, unter Ablehnung der Redhibition, auf den Anspruch auf Preisminderung geht. Aus dem Wortlaut des Gesetzes hat man gefolgert, daß lediglich mit der unzweideutigen Willenserklärung, nicht zu redhibiren, das Wahlrecht absorbirt sei, so daß dem Empfänger nicht mehr die Wandlungsklage, sondern nur noch die Minderungsklage offenstehe.

Vergl. Striethorst, Archiv Bd. 17 S. 201; Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 16 S. 142 ff.; Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 2 § 144 S. 333 Note 8.

Mitunter hat die Praxis auch in diesem Falle ausdrückliche Entsagung des Rücktrittsrechts zum Verlust des jus variandi erfordert (vergl. Striethorst Archiv Bd. 30 S. 113).

Der gegenwärtige Fall liegt aber umgekehrt. Hier hat der Empfänger erst erklärt, redhibiren zu wollen und dann, bevor der Geber sich darüber geäußert, seinen Entschluß dahin geändert, die Minderungsklage anzustellen. Diesen Fall hat § 328 a. a. O. nicht entschieden. Einem solchen Wechsel der Entschließung von der

Redhibition zur Minderungsklage tritt also das Gesetz nicht entgegen. Mithin kommen die allgemeinen, oben hervorgehobenen Rechtsprinzipien zur Geltung. Nach denselben durfte der Kläger, obwohl er sich außergerichtlich dem Beklagten gegenüber für die Redhibition erklärt hatte, zur Anstellung der Minderungsklage schreiten, da betreffs der Aufhebung des Tauschvertrages, beziehungsweise der Aufgabe des Rechts auf Preisminderung eine verbindliche Vereinbarung, beziehungsweise Entsagung nicht erwiesen ist.

Diese aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen gefolgerte Ansicht stimmt im vorliegenden Falle mit der Vertragsnatur der Ausgleichung der Folgen des mangelhaft erfüllten Vertrages; mit der Erwägung, daß bei den größeren Anforderungen im Falle der Redhibition die Freiheit des Zurückgehens auf den Boden des Kontrakts geboten erscheint; mit der Doktrin:

Dernburg a. a. O. Bd. 2 S. 333 Note 8; Förster, Theorie ꝛc. 2. Aufl. Bd. 1 § 65 S. 359, 360; Koch, Recht der Forderungen Bd. 2 S. 482 ff.;

mit der neuesten Rechtsprechung des ehemaligen preußischen Ober-Tribunals und der Judikatur des vormaligen Reichs-Oberhandelsgerichts

Striethorst, Archiv Bd. 92 S. 6 ff., Entscheidungen Bd. 70 S. 86 ff.; Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 24 S. 76;

sowie endlich mit anderen Rechten überein.

Nach gemeinem Recht kann der Käufer (Empfänger der fehlerhaften Sache) in der Wahl zwischen der actio redhibitoria und der actio quanti minoris jedenfalls bis zur Anstellung der einen oder der anderen Klage variiren:

Savigny, System Bd. 5 S. 256, 257; Dernburg a. a. O.; Koch a. a. O.

Ebenso bestimmt unter Anderen § 909 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs:

„Hat die veräußerte Sache verborgene Mängel oder fehlen ihr versprochene Eigenschaften, so hat der Erwerber die Wahl zwischen der Aufhebung des Vertrags und Minderung seiner Gegenleistung. Hat der Erwerber in der einen oder der anderen Beziehung Klage erhoben und ist der Veräußerer davon durch das Gericht benachrichtigt worden, so kann er die dadurch getroffene Wahl nicht ändern."

---

## Nr. 115.

**Die Vorschrift des A.L.R. I. 22 § 14 findet auch auf die dreißigjährige Verjährung Anwendung.**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 15. April 1880 in Sachen R. wider W. 218/79.)

Die Richtigkeitsbeschwerde des Beklagten wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Breslau ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter faßt die Klage dahin auf, daß eine Wegegerechtigkeit nicht über das Grundstück des Beklagten, sondern über die im Eigenthume der Gutsherrschaft stehende Trift geltend gemacht, und die Klage gegen den Beklagten gerichtet werde, weil er den Kläger in der Ausübung dieser Gerechtigkeit gestört habe. Er nimmt ferner an:

1) Dem Kläger, welcher sich auf die dreißigjährige Ersitzung der Gerechtigkeit stütze, liege der Nachweis ob: daß seine Vorbesitzer ohne Widerspruch und Störung frei, öffentlich und ununterbrochen die streitige Befugniß ausgeübt und die Ausübung binnen der Verjährungsfrist fortgesetzt hätten, und dieser Beweis sei von ihm geführt worden;
2) der Beklagte habe den ihm obliegenden Nachweis von Umständen, welche auf einen fehlerhaften Erwerb des klägerischen Besitzes, namentlich auf das behauptete Prekarium schließen ließen, nicht erbracht.

Darauf gründet er die Verurtheilung des Beklagten.

Dieser beschuldigt in der Richtigkeitsbeschwerde den zweiten Richter der Verletzung des A.L.R. I. 22 § 14 und der Grundsätze über die Vertheilung der Beweislast.

Die Beschwerde ist unbegründet.

Das frühere preuß. Ober-Tribunal hat durch den Plenarbeschluß vom 27. August 1838, Entsch. Bd. 4 S. 169, folgenden Grundsatz angenommen:

> Die Vorschrift des § 14 a. a. O., daß bei der Erwerbung einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung nachgewiesen sein muß, daß der Besitzer des berechtigten Grundstücks die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen habe, enthält keine

Abweichungen von den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über den Besitz und die Verjährung von Rechten, und findet daher auch auf die dreißigjährige Verjährung Anwendung.

Und in den Gründen des Beschlusses ist ausgeführt: der § 14 verlange nur, daß der Verjährende die freie und offene Ausübung der streitigen Befugniß am Anfang und zu Ende der Verjährungszeit nachweise. Geschehe dies, so ergebe sich die Annahme von selbst, daß er die Befugniß als ein wirkliches Recht (animo juris), und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen und durch rechtsverjährte Zeit ausgeübt habe. Umstände, aus denen Besitzfehler folgen würden, namentlich ein Prekarium, habe der Gegner darzulegen.

Diesen Rechtssätzen und Ausführungen muß beigetreten werden.

---

## Nr. 116.

**Die Anwendung des A.L.R. II. 1 § 243 setzt voraus, daß die Ehefrau sich, abgesehen von dem maritalischen Mundium, verpflichten konnte. Dies trifft bei minderjährigen unter Vormundschaft stehenden Ehefrauen nicht zu.**

A.L.R. II. 1 §§ 243, 244, II. 18 745, 746, 750.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (III. Hülfssenat) vom 18. Februar 1880 in Sachen R., Klägerin, wider St., Beklagten. 67/79.)

Die Revision der Klägerin ist für begründet erachtet und unter Aenderung des II. Erkenntnisses, des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Bromberg, das I. Erkenntniß wiederhergestellt. In den Gründen wird ausgeführt:

Der Appellationsrichter sieht durch die Aussagen der beiden Zeugen die Voraussetzungen des A.L.R. II. 1 §§ 243, 244 für nachgewiesen an, inhalts deren eine Ehefrau, falls ihr Ehemann ohne ihre Einwilligung ein eingebrachtes Kapital eingezogen hat, sich deshalb zunächst an den Ehemann halten muß und nur bei seinem Unvermögen von dem vorigen Schuldner Entschädigung fordern darf. Dieser Ansicht kann um deshalb nicht beigetreten werden, weil die Ehefrau des Verklagten zur Zeit der von dem Zeugen H. bekundeten Zahlung — im Jahre 1873 — wegen Minderjährigkeit noch unter Vormundschaft stand.

Gleichwie die Einwilligung der Ehefrau in die Einziehung eines von ihr inferirten Kapitals den Ehemann hierzu nur dann ohne

Weiteres ermächtigt, wenn die Handlungsfähigkeit der Frau in keiner anderen Weise, als durch das maritalische Mundium eingeschränkt ist, so ist auch in dem vom § 243 a. a. O. vorgesehenen Falle, in welchem trotz des Fehlens obgedachter Einwilligung der Schuldner durch Zahlung des Kapitals an den Ehemann bedingterweise befreit wird, als vorausgesetzt anzusehen, daß die Ehefrau durch Ertheilung ihres Konsenses sich obligiren konnte. Anderenfalls würde der § 243 nicht nur die Rechte der Ehefrau als solcher modifiziren, sondern ihr den allgemeinen, auf fehlender oder beschränkter Handlungsfähigkeit fußenden Rechtsschutz entziehen. Bei Interpretation des § 243 ist davon auszugehen, daß er eine Ausnahme von der Regel: wonach der Ehemann weder zur Einziehung noch zur Verpfändung oder Veräußerung von Kapitalien, welche auf den Namen der Frau oder ihrer Erblasser oder Geschenkgeber geschrieben sind, ohne ihre Bewilligung befugt ist (§ 233 a. a. O.), insofern bildet, als diese Bestimmung der ohne uxorale Bewilligung an den Ehemann geleisteten Zahlung solchen Kapitals die Rechtsverbindlichkeit für die Ehefrau nur bedingt und insoweit versagt, als letztere von ihrem Ehemanne nicht Befriedigung erlangen kann.

Steht die Frau zur Zeit der Zahlung wegen Minderjährigkeit unter Vormundschaft, trifft also obgedachte Voraussetzung nicht zu, dann gelangt der § 745 A.L.R. II. 18 als Spezialgesetz zur Anwendung, welcher ohne Zulassung einer Ausnahme und Unterscheidung verordnet:

> daß der Ehemann „zur Aufkündigung und Einziehung von Kapitalien ohne Zuthun des Vormundes und ohne Approbation des Gerichts nicht berechtigt ist."

Der Ehemann einer bevormundeten Frau hat in Betreff der eingebrachten Kapitalien — abgesehen von seinem generellen Anspruche auf Gehör bei vorzunehmenden Substanzveränderungen (§ 746 das.) — nur das Recht, „gegen hinlängliche Sicherheit" die Aushändigung zu verlangen (§ 750); er hat also nur einen bedingten und dem Vormundschaftsgerichte gegenüber zu begründenden Anspruch auf Empfang des Kapitals. Die Auszahlung dessen Betrags an ihn ohne obervormundschaftliche Genehmigung kann daher den Schuldner ebensowenig liberiren, wie dies die Zahlung an den nicht autorisirten Vormund thut: § 499 a. a. O.

Der Konsens der (bevormundeten) Ehefrau zur Erhebung des Kapitals ist rechtlich bedeutunglos.

Dafür, daß etwa der § 243 a. a. O. die Geltung dieser Rechtssätze habe ausschließen wollen, fehlt jede Andeutung im Gesetze.

Daß im vorliegenden Falle bei Auslegung des § 243 die Bestimmungen der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 nicht maßgebend sind, ist selbstverständlich.

---

## Nr. 117.

**Nach dem A.L.R. steht demjenigen, zu dessen Gunsten eine Lebensversicherung genommen ist, wenn der Vertrag bis zum Tode der Person, deren Leben versichert ist, fortbestanden hat, unmittelbar ein Klagerecht aus dem Vertrage zu.**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 3. März 1880 in Sachen D.'sche Erben wider Schlesische Lebenversicherungs-A.-G. 92/80.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Kläger gegen das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Breslau ist für begründet erachtet, und das erste, die Versicherungsgesellschaft verurtheilende Erkenntniß wiederhergestellt aus folgenden

Gründen:

Da ein Streit aus einem Versicherungsvertrage vorliegt, so ist nach A.G.O. I. 30 § 56 die eingelegte Revision unzulässig, nach § 4 der Verordnung vom 14. Dezember 1833 die auch eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde das zuläßige Rechtsmittel. Letztere ist auch begründet.

Für das gemeine Recht besteht in Theorie und Praxis wesentliche Uebereinstimmung darüber, daß bei der Lebensversicherung derjenige, zu dessen Gunsten sie genommen ist, aus dem Vertrage des Versicherers und des Versicherungsnehmers ein selbständiges Klagerecht erwirbt, soweit dies nach dem Vertrage geschehen soll. Vgl. Windscheid, Pandekten, 5. Aufl. Bd. 2 S. 211; Gareis, die Verträge zu Gunsten Dritter, S. 275 ff.; Fenner und Mecke, Entsch. Jahrg. 9 S. 79.

Für das preußische Recht besteht solche Uebereinstimmung nicht. Förster, Privatrecht Bd. 2 § 146, und Staudinger, die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrage S. 156, nehmen ein unmittelbares Klagerecht dessen, zu dessen Gunsten die Versicherung genommen ist,

an; Dernburg, Privatrecht Bd. 2 S. 640, und Hinrichs in Goldschmidt's Archiv Bd. 20 S. 339 sind entgegengesetzter Meinung. Die Praxis des Ober-Tribunals ist nicht konstant gewesen, vgl. Entsch. Bd. 51 S. 47, Bd. 71 S. 1; Striethorst Archiv Bd. 62 S. 337.

Es muß angenommen werden, daß auch nach preußischem Allgemeinen Landrecht derjenige, zu dessen Gunsten eine Lebensversicherung genommen ist, wenn der Vertrag bis zum Tode der Person, deren Leben versichert ist, fortbestanden hat, unmittelbar ein Klagerecht aus dem Vertrage hat.

Daß die Versicherung einer Wittwenpension ohne Beitritt der Wittwe dieser nach dem Tode des Ehemannes ein klagbares selbständiges Recht giebt, muß als unzweifelhaft gelten.

Der Rechtsgrund hierfür ist, daß durch den Vertrag für die Wittwe ein durch den Tod des Ehemanns bedingtes Recht konstituirt ist; dies Recht kann seiner Natur nach nur der Wittwe zustehen, und da der Vertrag vom Gesetze als gültig anerkannt wird, ohne den Beitritt der Ehefrau zu fordern, so muß letztere ein unmittelbares Recht durch den Vertrag erworben haben.

Rechtlich ebenso liegt der Fall der Versicherungsnahme auf das eigene Leben ohne Bezeichnung der Person, zu deren Gunsten die Versicherung erfolgt, der einfache Fall der Lebensversicherung, welchen allein das Allgemeine Landrecht, neben einzelnen Fällen der zulässigen Versicherungsnahme auf eigene Rechnung für ein fremdes Leben, kennt. Auch in diesem Falle ist nicht, wie in der Praxis zuweilen angenommen ist, ein Forderungsrecht des Versicherungsnehmers errichtet, sondern ein durch dessen Tod bedingtes Forderungsrecht Dritter; als diese Forderungsberechtigten werden zwar die Erben des Versicherungsnehmers anzusehen sein, sie können aber nicht in ihrer Erbeneigenschaft eine Geldforderung bekommen, welche der Erblasser nie haben konnte, erlangen sie vielmehr als Dritte.

Diese Forderungsberechtigten können dem Vertrage gar nicht beitreten, da vor dem Tode des Versicherungsnehmers deren Personen nicht feststehen; dennoch läßt das A.L.R. II. 8 § 2152 den Vertrag als gültig zu, schließt dadurch das Erforderniß des Beitritts dessen, zu dessen Gunsten der Vertrag geschlossen ist, nach I. 5 § 75 aus und giebt demselben ein unmittelbares Recht aus dem Vertrage, soweit der Vertrag erfüllt ist.

Dies muß auch für die im Allgemeinen Landrecht noch nicht vorgesehenen Fälle gelten, in denen derjenige, zu dessen Gunsten die Versicherung erfolgt, im Vertrage ausdrücklich bestimmt worden ist, abgesehen davon, daß der Begünstigte bei Lebzeiten des Versicherten der Abänderung des Vertrages unter den Kontrahenten überall nicht widersprechen kann, wenn er dem Vertrage nicht beigetreten ist.

Im Wesentlichen ist dies schon in der Entsch. des preuß. Ober-Tribunals Bd. 51 S. 43 anerkannt, nur bleibt der Lebensversicherungsvertrag ein Vertrag unter Lebenden, ist rechtlich nicht eine letztwillige Verfügung, wie in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals Entsch. Bd. 71 S. 1 im Anschlusse an eine Ausführung in dem früheren Erkenntnisse angenommen ist.

Der zweite Richter, welcher zum Erwerbe eines selbständigen Rechts aus einem Lebensversicherungsvertrage zu Gunsten Dritter deren Beitritt nach A.L.R. I. 5 § 75 fordert, hat danach dieses Gesetz durch Anwendung auf einen Fall, für den es nicht gegeben ist, verletzt.

---

## Nr. 118.

**Ein Bergwerks-Eigenthümer ist in seiner Eigenschaft als Uferbesitzer zur Zuleitung von Bergwasser in einen Privatfluß nicht befugt.**

Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 §§ 1, 3; Allg. Berggesetz §§ 135, 137.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 21. April 1880 in Sachen der W. Aktiengesellschaft zu C., Mitbeklagten, wider Sch. u. Gen., Klägerin. 136/80.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Mitbeklagten gegen das Erkenntniß des preußischen Oberlandesgerichts zu Hamm ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Der Appellationsrichter verurtheilt die beiden verklagten Aktiengesellschaften, die Zuleitung ihrer Grubenwasser in den Cörne-Bach so lange zu unterlassen, bis sie im Wege des Expropriationsverfahrens hierzu die Befugniß erlangt haben, und verneint, daß sie zu dieser Zuleitung als Uferbesitzer auf Grund des Gesetzes vom 28. Februar 1843 §§ 1, 3 berechtigt seien. Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt Verletzung der eben angeführten Paragraphen des Gesetzes vom 28. Februar 1843 und der §§ 135, 137 des All-

gemeinen Berggesetzes. Sie führt aus, daß der Bergwerks-Eigenthümer in seiner Eigenschaft als Uferbesitzer zur Zuleitung der Bergwasser in den Privatfluß ohne vorheriges Verfahren befugt sei und nur von den Verwaltungsbehörden im öffentlichen Interesse hierin einen Einspruch gewärtigen müsse. Der Angriff ist verfehlt. In der in den §§ 1, 13 u. folg. des Gesetzes vom 28. Februar 1843 dem Besitzer des Ufers eines Privatflusses ertheilten Befugniß zur Benutzung des Wassers dieses Privatflusses ist nicht das Recht enthalten, diesem Flusse fremdes Wasser, insbesondere schädliche Grubenwässer zuzuleiten. Hierin liegt nicht die gestattete Benutzung des vorhandenen Flußwassers, sondern die Benutzung des durch das Bett des Flusses geschaffenen Abzugsgrabens und diese Benutzung ist in dem Gesetze vom 28. Februar 1843 nicht gestattet. Zutreffend hebt der Appellationsrichter auch hervor, daß die Benutzung seitens des einen Uferbesitzers nicht in den Rechtskreis der Benutzung des andern, der ebenfalls reines und brauchbares Wasser zu beanspruchen hat, hinübergreifen darf, falls nicht besondere gesetzliche Vorschriften maßgebend sind. Aus dem § 3 des Gesetzes, dessen Anwendbarkeit auf Grubenwässer dahingestellt bleiben kann, folgt nicht, daß die Verwaltungs-Behörden hierüber zu befinden haben. Nur die Wahrung des öffentlichen Interesses ist hier der Polizeibehörde anheimgegeben. Streitige Privatrechte sind im ordentlichen Rechtswege festzustellen.

---

# Literatur.

## 67.

**Civilprozeßordnung für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze vom 30. Januar 1877.** Erläutert von Dr. Lothar Seuffert, ord. Prof. der Rechte zu Gießen. Nördlingen, Verlag der C. H. Beck'schen Buchhandlung. 1879.

Die Anzeige des Seuffert'schen Kommentars in diesen Blättern hat sich durch zufällige Umstände verspätet. Man könnte vielleicht die Frage aufwerfen, ob es jetzt noch der Anzeige bedarf, da das Buch sich in Aller Händen befindet, und das Urtheil über die hervorragende Bedeutung desselben längst feststeht. Wir glauben jedoch, daß wir sowohl dem Verfasser als unsern Lesern schuldig sind, eine literarische Erscheinung, wie das vorliegende Werk, nicht unerwähnt zu lassen.

Der Verf. ist der Justizkommission des Reichstages als Protokollführer zugetheilt gewesen. Dieser Umstand bildete den äußeren Anlaß für ihn zu eingehender Beschäftigung mit den neuen Reichsjustizgesetzen. Nach seiner Berufung zur Lehrthätigkeit hat er das Werk vollendet. In der Einleitung giebt er einen Abriß der Geschichte der C.P.O., erörtert dann die Benutzbarkeit der Vorarbeiten für die Auslegung des Gesetzes, ferner das Verhältniß der C.P.O. zum Gerichtsverfassungsgesetze und skizzirt endlich die Grundzüge des Verfahrens. Der Kommentar zur C.P.O. selbst ist in der Weise gearbeitet, daß sich an den Gesetzestext eine Verweisung auf die Motive und Kommissionsprotokolle schließt. Dann sind, soweit erforderlich, die einschlägigen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes abgedruckt. Hierauf folgen kurze Auszüge aus den Motiven und endlich die eigenen Bemerkungen des Verfassers. Letztere bieten dem Leser ein sehr reichhaltiges Material. Nach dem Arbeitsplane des Verfassers soll sein Kommentar als Handbuch für die ausübenden Juristen dienen, zugleich aber die Verbindung mit der Theorie herstellen. In erster Reihe ist das gemeine Recht berücksichtigt, ohne jedoch die partikulären Rechte außer Augen zu lassen. Wir können dem Verfasser bezeugen, daß er das von ihm verfolgte Ziel erreicht hat. So oft wir seinen Kommentar benutzt haben, sind wir stets von der Klarheit und Schärfe seiner Auseinandersetzungen überrascht. Wir zweifeln nicht, daß viele unserer Berufsgenossen aus dem Seuffert'schen Kommentar die Anregung zu einer wissenschaftlichen Behandlung der Prozeßfragen gewonnen haben. Für gemeinrechtliche Praktiker dürfte u. E. kein Kommentar mehr zu empfehlen sein. Daß bei der Vielgestaltigkeit der Praxis sich bald Fragen ergeben würden, welche in dem Kommentar nicht erörtert sind, hat der Verfasser selbst sich gewiß nicht verhehlt. Wir sind aber überzeugt, daß bei einer hoffentlich bald erscheinenden neuen Auflage alle derartigen Kontroversen ihre Beachtung finden werden. Rassow.

---

## 68.

**Konkursordnung für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze vom 10. Februar 1877. Erläutert von A. Hullmann, Reichs-Oberhandelsgerichtsrath. Nördlingen. Verlag der C. H. Beck'schen Buchhandlung. 1879.**

Der Verfasser war zur Bearbeitung der Konkursordnung besonders berufen nicht bloß, weil ihm als Mitglied des Reichs-Oberhandelsgerichts eine besonders genaue Kenntniß der in der Judikatur dieses Gerichtshofes hervorgetretenen grundsätzlichen Anschauungen beiwohnte, sondern auch, weil er als Mitglied der Reichstagskommission an der Vorberathung des Gesetzes thätigen Antheil genommen hat. Beides ist seinem Werke förderlich gewesen. Dasselbe zeichnet sich durch eine erschöpfende Benutzung des in den gesetzgeberischen Vorarbeiten und Berathungen enthaltenen Erläuterungsstoffes und durch sorgfältige Berücksichtigung der durch die Rechtsprechung — besonders des Reichs-Oberhandelsgerichts, aber auch partikularer Gerichts-

höfe — an der Hand der älteren Konkursordnungen, namentlich der preuß., festgestellten Lösungen einer Menge von Einzelfragen aus. Daß das aus der Begründung des Entwurfes entnommene Material vielfach und in ausgedehntem Umfange wörtlich mitgetheilt ist, halten wir für keinen Fehler: der Verfasser erspart dadurch den sein Buch Benutzenden in den meisten Fällen das Aufschlagen der Materialien. Uebrigens bedarf es wohl kaum der Hervorhebung, daß bei der Verwendung der Materialien eine Sichtung desjenigen Inhalts derselben, welcher mehr Interesse de lege ferenda hat, von den für das Verständniß der lex lata wichtigen Theilen stattgefunden hat. Bei der Verwerthung der Resultate der Judikatur hat sich der Verfasser in umsichtiger Weise der Prüfung unterzogen, inwieweit sie wegen der in dem Reichsgesetz unverändert beibehaltenen Grundlagen fortdauernde Geltung beanspruchen dürfen oder Modifikationen erleiden. Wenn der Verfasser zumeist, und gewiß mit Recht, den Ansichten gefolgt ist, welche in den hauptsächlichsten Quellen seines Kommentars niedergelegt sind, so fehlt es doch auch nicht an Fragen, bei denen er einen abweichenden Standpunkt vertheidigt, wie z. B. bezüglich der Frage, ob der Verwalter in gemeinrechtlichen Gebieten eine dem Kridar angefallene Erbschaft annehmen kann (S. 53, 54). Die Ausdrucksweise des Verfassers ist präzis und leicht verständlich. Dagegen ragt die Arbeit vor anderen Kommentaren nicht gerade durch besonders reiche Kasuistik oder besonders eingehende Erörterungen über zweifelhafte Fragen hervor. Ja, es kann wohl fraglich sein, ob nicht hie und da eine größere Ausführlichkeit den Werth des Buches noch erhöht hätte. Beispielsweise wäre u. E. bei § 20 eine ergiebigere Exemplifikation auf die einzelnen in Frage kommenden Rechtsverhältnisse wünschenswerth gewesen; auch hätte dabei die bezüglich des Einflusses des Konkurses des Machtgebers auf den Bestand der von ihm ertheilten Aufträge und Vollmachten im preußischen Rechte bestehende Kontroverse einer Untersuchung unterzogen werden mögen (vgl. Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatr. 2. Aufl. Bd. 2 S. 493 und Strieth. Archiv Bd. 75 S. 300). Nicht erschöpfend sind u. E. die Bemerkungen des Verfassers über die Frage, ob die gesetzlichen Alimentationsansprüche als Konkursansprüche anzusehen sind (S. 63, 326), Erwähnung hätten bei derselben Gelegenheit vielleicht die auf dem Haftpflichtgesetz beruhenden Rentenansprüche finden können. Auch S. 94 ist die Streitfrage des preußischen Rechts über die rechtliche Natur des Immobiliararrestes nur gestreift, die Entscheidung des IV. Senats des Ober-Tribunals in Strieth. Archiv Bd. 13 S. 39 hätte vielleicht der Erwägung bedurft. Die Frage, welchen Einfluß es hat, wenn ein Hypothekengläubiger den persönlichen Anspruch ohne Anzeige des Realrechts anmeldet und sich an den Akkordverhandlungen betheiligt, wäre in Anlaß der verschieden motivirten Entscheidungen des Ober-Tribunals und des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 23 S. 461 der Beiträge und Bd. 24 S. 215 der Entsch. des R.O.H.G. einer Erörterung auf Grundlage der Reichs-Konkursordnung u. E. werth gewesen. Von anderen Kommentaren sind bei den §§ 1—14 die erste Lieferung des Sarwey'schen und von § 160 ab der Wilmowski'sche berücksichtigt.

Die äußere Einrichtung des Buches ist zweckmäßig. Nach einer Einleitung, welche eine Darstellung der Entstehungsgeschichte der Konkursordnung, eine Uebersicht der bisher in Deutschland in Geltung gewesenen sowie der englischen und nordamerikanischen Konkursrechtssysteme und eine Erörterung der Grundprinzipien und des Inhalts der Reichs-Konkursordnung — im Wesentlichen in Anlehnung an die Motive und deren Beilagen — bringt, folgt der Text der Konkursordnung und des Einführungsgesetzes mit dem den einzelnen Paragraphen beigefügten Kommentar. Den einzelnen Titeln der Konkursordnung sind orientirende Vorbemerkungen vorangestellt, und bei den einzelnen Paragraphen ist auf die entsprechenden Bestimmungen der preußischen Konkursordnung hingewiesen. Den Schluß bildet ein Register.

Wir zweifeln nicht, daß das Werk sich als ein recht brauchbares Hülfsmittel für das Verständniß des Reichskonkursrechts bewähren wird.

Küntzel.

---

69.

**Inwieweit giebt es nach den Vorschriften der Deutschen Civilprozeß-Ordnung Fiktionen?** Eine prozessualische Abhandlung von Dr. Rudolf Leonhard, Gerichts-Assessor und Privatdozenten in Berlin. Ferd. Dümmler. Berlin 1880. 8°. 57 Seiten.

Die Abhandlung kehrt sich gegen den Bülow'schen Aufsatz: „Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten" im 62. Bande des Archivs für die civilistische Praxis. Als Grundgedanken seiner Arbeit formulirt der Verfasser auf S. 6 folgende Sätze:

1) Der Begriff der Fiktion ist als ein historisch gegebener nicht in dem weiten Sinne zu nehmen, in welchem ihn der moderne Sprachgebrauch anwendet.
2) Dieser Sprachgebrauch nennt vornehmlich diejenigen Erscheinungen Fiktionen, bei welchen die Fiktionsgestalt einen lediglich formalen Zweck verfolgt, ohne praktische Konsequenzen nach sich zu ziehen. Daneben giebt es aber auch wirkliche Fiktionen mit einem praktischen Zwecke. Diese darf die Wissenschaft nur da als vorhanden annehmen, wo deren genau bestimmbare Voraussetzungen durch positive Rechtsvorschrift gegeben sind. In allen diesen Fällen muß sie aber dieses Vorhandensein feststellen.
3) Einige Hauptgrundsätze unsres Prozeßrechts beruhen auf Fiktionen.

Verf. untersucht zunächst die „Begriffsgrenzen der Fiktionen", namentlich an der Hand des Formularprozesses und einiger altrömischer Rechtsinstitute. Er gelangt S. 18 zu dem Ergebniß, daß das Institut der Fiktion „nicht bloß der analogen Rechtsfortbildung, sondern verschiedenartigen Zwecken diene". Er denkt dabei an gewisse „Rückziehungen oder Rückwirkungen", wie z. B. im Falle der Ratihabition der auftragslosen Geschäftsführung durch den Geschäftsherrn (S. 17). Es wird demnächst die Verwerthbarkeit des Fiktionsbegriffs auch für die wissenschaftliche Forschung

gegen Bülow vertheidigt und S. 26 ff. die an die Spitze der Abhandlung gestellte Frage nach den Fiktionen der Civilprozeßordnung beantwortet. Verf. stimmt Bülow zunächst darin bei, daß es sich im Falle der Versäumniß nicht um eine eigentliche Fiktion der erfolgten Litiskontestation und des gerichtlichen Geständnisses der Klagethatsachen, sondern nur um Vergleichungen handle. Bei dieser Gelegenheit macht er gegen die Bülow'sche Auffassung von der Klagebeantwortung als eines Rechtes, nicht einer Pflicht auf eine unverkennbare Schwäche der B.'schen Beweisführung aufmerksam, wenn er S. 30 hervorhebt: „B. beachtet hier nicht, daß die poena confessi nicht bloß in der Annahme besteht, der Beklagte habe seine Beantwortungspflicht erfüllt, sondern in der Unterstellung, daß er sie in einer ganz bestimmten Richtung, welche von der ihm erwünschten vielleicht weit abweicht, erfüllt hat." Auch die eidesrechtlichen Fiktionen und diejenigen der Urkundenanerkennung werden zunächst nur als formelle, als bloß vergleichende anerkannt. Als wirkliche Fiktionen auch im Sinne der Civilprozeßordnung werden dagegen eine Anzahl Bestimmungen bezeichnet, in welchen trotz der in § 259 grundsätzlich aufgestellten freien Beweiswürdigung noch immer das Prinzip der nur formellen Wahrheit durchgeführt sei. So die Beschränkung des § 259 selbst auf den Inhalt der Verhandlungen (quod non est in actis, non est in mundo). Allein auch die Fälle der poena confessi und recogniti, die er als nur scheinbare Fiktionen mit Bülow bereits verworfen hatte, will der Verf. doch nach einer anderen Richtung wieder zu den wirklichen Fiktionen gerechnet wissen. Die betreffenden Gesetzesstellen enthalten nämlich z. B. in der dem Richter ertheilten Anweisung, das Schweigen als Zugestehen zu behandeln, nur eine scheinbare Fiktion; eine wirkliche dagegen in der Nothwendigkeit, die nunmehr für zugestanden geltende Thatsache als unzweifelhaft richtig zu behandeln, auch wenn er, der Richter, an deren Wahrheit zweifelt, ja sogar, wenn ihm das Gegentheil davon genau bekannt war (S. 34, 36). Daß auch die Prozeßordnung insoweit auf dem Standpunkte der formellen Beweistheorie stehe, wird, obschon kaum bestritten, für das Versäumnißverfahren, den Urkunden- und Eidesbeweis ausführlich erörtert. Als fernere echte Fiktionsfälle, wiewohl von untergeordneter Bedeutung, werden angeführt die Vorschriften der §§ 524 und 285, durch welche der Richter oberer Instanz in die Lage gebracht werden könne, einen von ihm als unrichtig erkannten Thatbestand dennoch seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Als Fälle der dem Civilrecht verwandten Rückziehung einer Thatsache mittelst richterlicher Fiktion werden die §§ 190, 243 Abs. 3, 307, 483 Abs. 2, 613 Abs. 2, 636 der C.P.O. und §§ 18, 32 der K.O. herangezogen (S. 48), es wird die Rechtskraft des Urtheils als wirkliche Fiktion aufrecht erhalten und S. 50 mit Hinblick auf die Feststellungsklage und das Zwischenurtheil gesagt, daß auch die Fälle rechtskräftiger Entscheidungen bloßer Vorfragen einer Leistungspflicht, insoweit sie unrichtig sind, das Ergebniß von Fiktionen seien — ein Satz, der in der That „den Fiktionsbegriff vollständig verflüchtigt (S. 12)." Endlich wird S. 52 noch der Nachweis gegeben, daß, ebenso wie bei Sta-tusklagen, so „bei allen Fragen des Familienrechtes die Anwendung der

civilprozessualischen Fiktionen auszuschließen sei", oder verständlicher gesagt, „daß in diesen Prozessen und nur in ihnen der Grundsatz der formellen Wahrheit weggefallen sei." Der Satz wird S. 55 sehr gut damit begründet, daß „die Kontumazialfiktionen nicht nur dann außer Frage bleiben, wenn die zu kontumazirende Person über das Prozeßobjekt zu verfügen unfähig ist, sondern auch dann, wenn die Sache, über welche prozessirt wird, der Disposition entzogen ist". Verf. hofft am Schlusse, „die praktische Wichtigkeit des Fiktionsbegriffs auch für unser jetzt geltendes Recht nachgewiesen zu haben".

Diesen Nachweis finden wir allerdings nicht erbracht. Dem Praktiker ist bei der Gesetzesanwendung schwerlich gedient, wenn er erfährt, daß z. B. § 296 der C.P.O. die Annahme des Zugeständnisses im Versäumnißfalle theils als scheinbare, theils aber als wirkliche Fiktion behandele. Denn über die Tragweite dieser und der meisten andern vom Verf. angezogenen Bestimmungen besteht in der Praxis kaum ein erheblicher Zweifel. Und wo er besteht, wie z. B. im Falle des S. 43 nur leichthin gestreiften § 297 der C.P.O., dient der Fiktionsbegriff sicher nicht zu seiner Lösung. Aber auch wissenschaftlich dürfte die Erkenntniß unsres neuesten Prozeßrechts durch die L.'sche Abhandlung kaum gefördert sein. Namentlich halten wir es nicht bloß für einen müßigen Wortstreit, sondern geradezu für irreführend, wenn das Beweisrecht der Civilprozeßordnung, insbesondere die von ihr aufrecht erhaltenen formellen Beweisgrundsätze unter den Begriff der Fiktionen gebracht werden. Dies wäre dogmatisch nur dann gerechtfertigt, wenn die Befolgung jener Beweisregeln den Richter in jedem einzelnen Falle und nothwendig in die Lage brächte, sich „einen falschen Thatbestand auszumalen" und diesen der Gesetzesanwendung unterzulegen. Wie oft kommt es aber wohl vor, daß der Richter (und vollends das Richterkollegium), wenn er z. B. beim Ausbleiben des Beklagten das Klagevorbringen als zugestanden annimmt und es demnächst als wahr behandelt, aus nichtamtlicher Kenntniß des wirklichen Vorganges von der Unwahrheit jenes Vorbringens überzeugt ist? In der ungeheuren Mehrzahl der Fälle wird der Richter den Parteibehauptungen vollkommen neutral gegenüberstehen und — selbst wenn er sie zu bezweifeln geneigt war — keinerlei Skrupel empfinden, nunmehr den Klagvortrag als erwiesen, die Urkunde für echt, den Eid für verweigert anzunehmen. Von einer Fiktion, d. h. der Vorstellung eines bewußt falschen Thatbestandes, könnte also nur ganz ausnahmsweise einmal die Rede sein. Auf solche Ausnahmen aber ein ganzes System der Fiktionen zu begründen, scheint mehr als bedenklich. Auch ist es mindestens gesucht, die einfache Vorschrift z. B. des § 296 in eine nur scheinbare und eine wirkliche Fiktion zu zerlegen. Eher könnte man dem Verfasser die S. 48 von ihm behandelten Fälle der „Rückziehung" als Fiktionen zugestehen, wiewohl damit ihre wissenschaftliche Erkenntniß kaum gefördert ist. Auf manche im Text und in den Anmerkungen vorgetragene, mit dem gestellten Thema nicht unmittelbar zusammenhängende treffende Ausführungen des Verf. kann hier nicht näher eingegangen werden. Sehr beachtenswerth scheint, was der Verf. S. 36 ff. über das Verhältniß des

Geständnisses, des Verschweigens von Thatsachen, der Eideszuschiebung und Eidesverweigerung zu dem Dispositionsrecht der Parteien über den Prozeßgegenstand vorträgt. H.

---

## 70.

**Zeugnißpflicht und Zeugnißzwang im österreichischen Civilprozeß.** Von Dr. Emil v. Schrutka-Rechtenstamm. Wien. Verlag der Manz'schen k. k. Hof-, Verlags- und Universitäts-Buchhandlung. 1879.

Die Lehre von der Zeugnißpflicht und dem Zeugnißzwang ist neuerdings auf dem Gebiete des Strafprozesses viel öfter als auf dem des Civilprozesses in literarischen und publizistischen Blättern ventilirt. Um so dankbarer sind wir dem Verfasser für den Versuch, diese Lücke durch die vorliegende Darstellung auszufüllen. Die nächste Veranlassung zu der Schrift bildet eine eigenthümliche Gestaltung des österreichischen Civilprozesses, welcher die Pflicht zur Zeugenschaft als eine ganz ausnahmslose Verbindlichkeit Aller statuirt. Nur Gerichtspersonen und Staatsbeamte werden über ihnen amtlich bekannt gewordene Thatsachen (nach späteren Gesetzen) als Zeugen nicht für zulässig erklärt, und für den Bagatellprozeß sind durch das Gesetz vom 27. April 1873 den neueren Civilprozeßordnungen entsprechende Bestimmungen getroffen. Diese Lage der heimischen Gesetzgebung hat den Verfasser dazu geführt, die ganze Lehre von der Zeugnißpflicht und dem Zeugnißzwang einer generellen Revision zu unterziehen. Auch für den deutschen Juristen bietet dieselbe hohes Interesse. Theils wegen der dem Werke vorangeschickten historischen, namentlich dem deutschen Recht entnommenen Abhandlungen. Noch mehr aber, weil der österreichische Prozeß in seinem Grundstock die Grundsätze des ältesten (gemeinen) deutschen Prozesses mit merkwürdiger Zähigkeit festgehalten hat (v. Menger), und der Verfasser dadurch veranlaßt ist, die Entwicklung des gemeinen Prozesses als Spiegel und Leitfaden für den österreichischen überall sorgfältig zu berücksichtigen.

Bei seiner Darstellung ist der Verfasser u. E. in einen Fehler verfallen, welchem wenige Autoren von Monographien entgehen. Die Ausführung enthält mehr, als man nach dem Titel des Buches erwarten sollte. Sie liefert fast die ganze Lehre vom Zeugenbeweise. Daß in der Einleitung (betreffend die Ermittlung des Sachverhalts im Prozesse und die erzwingbare Betheiligung des Einzelnen an dieser Ermittlung) etwas weit gegriffen wird, wollen wir dem Verfasser nicht verargen. Dagegen läßt sich kaum billigen, daß in dem historischen Theile eine Reihe von Daten angegeben ist, welche sich auf den Prozeß in Allgemeinen und nicht auf das speziell vom Verfasser erwählte Thema beziehen. Dahin gehören z. B. die Bemerkungen über den altdeutschen Prozeß S. 36 ff., über die Stärkung der richterlichen Gewalt zur Zeit des fränkischen Reichs S. 44 rc. Wir verkennen dabei nicht, daß die historischen Erörterungen viel Interesse bieten, und wenn sie auch nicht das Resultat eigener Forschung bilden, doch jedenfalls das Verdienst einer sorgfältigen Sichtung und Zusammen-

stellung haben. Auch im dogmatischen Theile zeigt sich derselbe Fehler. Sollte es der Arbeit geschadet haben, wenn die Redewendungen über die Konstruktion des Prozesses nach Analogie eines Bauwerkes (S. 89—90) oder die Erörterungen über das Verhältniß der Mündlichkeit zur Unmittelbarkeit des Verfahrens (S. 112) fortgelassen wären? Geht es ferner nicht zu weit, wenn der Verfasser S. 103 davon redet, daß das Prinzip des beiderseitigen Gehörs auch bei „Streitigkeiten unter Gelehrten" 2c. Anwendung findet? und sollte er wirklich seine Leser davon überzeugen, daß die Konfrontation der Zeugen mit dem gedachten Prinzip zusammen hängt (S. 109)?

Doch das sind nur formelle Bedenken. In materieller Beziehung haben uns die Ausführungen des Verfassers namentlich im dogmatischen Theile sehr befriedigt. Er erachtet die Zeugnißpflicht als einen Ausfluß der Gerichtsherrlichkeit des Staates (S. 27). Nicht bloß der Unterthan, sondern jedermann im Staate ist dieser Pflicht gegen das Staatsganze im Interesse der prozessualischen Wahrheitsforschung unterworfen (S. 161). Mit großem Scharfsinn werden die Rückwirkungen der Grundlagen des Verfahrens (Prozeßmaximen) auf die Zeugnißpflicht untersucht. Wir verweisen insbesondere auf die Ausführungen im § 17 über die Mündlichkeit und Schriftlichkeit (S. 112 ff.). Das schriftliche Verfahren drängt zur örtlichen Begrenzung der Zeugnißpflicht. Wenn die Aussage des Zeugen nur durch das Protokoll zur Kunde des Richters gelangt, so liegt kein Grund vor, dem örtlich kompetenten Richter die Jurisdiktion zu entziehen. Anders, wenn beim mündlichen Verfahren der erkennende Richter den Ausspruch des Zeugen unmittelbar vernehmen soll.

Im IV. Abschnitt (S. 152 ff.) erörtert der Verfasser den Zeugnißzwang. Ueber die juristische Natur desselben wird bekanntlich im Strafprozeß viel gestritten. Der Verfasser hält ihn für Exekutions-, nicht für Strafzwang. Er tritt ein sowohl wegen Nichterscheinens des Zeugen vor Gericht, als wegen Verweigerung der Aussage oder der Beeidigung derselben. In dem Kapitel: Subjekt und Objekt des Zwanges wird die Frage besprochen, von welchem Gericht die Ladung und Vernehmung der Zeugen zu bewirken ist. Der Verfasser kommt zu dem Resultate, daß beim schriftlichen Verfahren, z. B. dem gemeinen deutschen, das Gericht des Aufenthaltsortes diese Akte vorzunehmen hat, weil nur ihm innerhalb seines Gerichtssprengels der Gerichtszwang zusteht. Anders beim mündlichen Verfahren, wo das Prozeßgericht das persönliche Erscheinen des Zeugen zu fordern berechtigt ist (S. 163, 164). Wir hätten gewünscht, daß der Verfasser diesen ganz richtigen Unterschied auch in dem folgenden Kapitel: die Ladung der Zeugen (S. 169 ff.) mehr zur Geltung gebracht hätte. Er sagt:

Die Ladung des Zeugen ist entweder mittelbar oder unmittelbar. Letztere tritt dann ein, wenn der Zeuge im Gerichtsbezirke und unter dem Gerichtszwange des vernehmenden Gerichts sich befindet, jene wenn das Gegentheil statt hat.

Es wird hinzugefügt, daß bei der mittelbaren Ladung eine Requisition an das auswärtige Gericht erforderlich sei. Wir halten diese Sätze wenigstens in dem Falle, daß der Zeuge sich in einem anderweiten Gerichtsbezirke desselben Staates befindet, für bedenklich. Die gesetzliche Bestimmung, daß beim mündlichen Verfahren das Prozeßgericht ein persönliches Erscheinen der auswärtigen Zeugen verlangen kann, beruht auf dem Gedanken, daß die Gerichtsgewalt eines jeden Gerichts des Staates sich in Betreff der Zeugenladung auf alle im Staate befindliche Personen erstreckt. Die dem Prozeßgericht durch das Gesetz übertragenen Befugnisse hat es zunächst selbst auszuüben, also die Ladung an die Zeugen zu erlassen. Nur dann, wenn die Ladung nicht ohne Mitwirkung des Gerichts des Aufenthaltsortes geschehen kann, erscheint eine Requisition an dieses nothwendig. In denjenigen Staaten, wo die Post gerichtliche Ladungen vermittelt, z. B. in ganz Deutschland, tritt ein derartiger Ausnahmefall nicht ein. In diesem Sinne hat die deutsche C.P.O. die Frage entschieden (vgl. § 340). Bei der großen Berücksichtigung, welche der Verfasser diesem Gesetze zuwendet, wäre hier wohl ein näheres Eingehen auf die Bestimmungen desselben am Orte gewesen. Der Verfasser sagt an anderer Stelle (S. 189):

> Mit der Erweiterung der Zeugnißpflicht erweitert sich aber nicht der Zeugnißzwang,

und folgert daraus, daß die Verpflichtung des Zeugen, einer Ladung über den Sprengel des Gerichts des Aufenthaltsortes zu folgen, auch nach Einführung des mündlichen Verfahrens nur durch dieses Gericht, nicht durch das Prozeßgericht erzwungen werden könne. Wir halten auch diese Ausführung nicht für richtig. Die Zeugnißpflicht des Einzelnen entspricht dem Recht des Staates, das Zeugniß zu fordern. Beide Begriffe — Recht und Pflicht — decken sich ihrem Umfange nach. Der Zeugnißzwang ist nur das Mittel, durch welches der Staat sein Recht realisirt. Die Behörde, durch welche dies geschehen soll, hat er kraft seiner Justizhoheit zu bestimmen. Ueberträgt er die Gerichtsgewalt in tantum dem Prozeßgericht, so kann, wie der Verfasser (S. 190) meint, von einem Konflikt koordinirter Gerichte keine Rede sein. Das Prozeßgericht muß, wenn die Ladung von ihm ausgeht, auch die Realisirung des Rechtes zur Ladung, also den Eintritt des Zwanges gegen den widerspenstigen Zeugen zu beschließen haben. Wenn es sich bei Ausführung dieser Maßregel der Beihülfe des örtlichen Gerichts bedient, so ändert dies die Sache nicht (der § 365 der deutschen C.P.O. betrifft nicht diesen Fall). Mit der vom Verfasser statuirten Unterscheidung zwischen Zeugnißpflicht und Zeugnißzwang dürften auch seine eigenen Ausführungen nicht übereinstimmen, wenn er sagt, daß das *Prozeßgericht* und nicht das Gericht des Aufenthaltsorts über Befreiung des Zeugen von dem persönlichen Erscheinen (S. 124) und über die Gründe der Zeugnißverweigerung (bei den Gerichten desselben Landes) zu entscheiden habe.

Die im Anfang des § 28 (S. 192) erörterte Frage, ob der Zeugeneid seines religiösen Gehalts zu entkleiden sei, dürfte streng genommen

nicht in den Rahmen der vorliegenden Arbeit gehören. Dadurch erklärt sich auch wohl die aphoristische Behandlung derselben.

Recht sorgfältig hat der Verfasser die einzelnen Fälle der Ablehnung zusammengestellt (S. 201 ff.). Seine Bemerkungen über den testis in propria causa (S. 233) werden jedem gemeinrechtlichen Juristen von großem Interesse sein. Dasselbe gilt von der Erörterung über das Verfahren bei der Ablehnung (S. 245 ff.).

Wir scheiden vom Verfasser mit Dank für die anregende und förderliche Schrift. Wir würden uns freuen, wenn er sie zu einer vollständigen Darstellung der Lehre vom Zeugenbeweise erweitern wollte. Rassow.

---

## 71.

**Exekutions-Intervention nach der Reichs-Civilprozeßordnung.** An einem praktischen Falle dargestellt und erläutert von Dr. jur. Frese, Amtsrichter in Oederan. Leipzig, Druck und Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung. 1880.

Der Verfasser hat an einem fingirten Falle das Verfahren bei der Exekutions-Intervention nach der C.P.O. dargestellt. Er erhebt keinen Anspruch auf wissenschaftlichen Werth seiner Arbeit, glaubt aber, daß es manchem lieber sein werde, einen schon einmal begangenen Weg nachzuwandeln und auf seine Richtigkeit hin zu prüfen, als sich einen ganz neuen Weg zu suchen. Rassow.

---

## 72.

**Das Eisenbahnfrachtgeschäft** nach Buch IV. Titel V. des allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861. Ein Handbuch für Juristen, Eisenbahnbeamte, Kaufleute, Spediteure, Industrielle rc. Von Dr. jur. Oskar Wehrmann, Offizial bei der Generaldirektion der Königl. bayr. Verkehrsanstalten, Betriebsabtheilung. Stuttgart. Ferd. Enke. 1880. 8°. 234 Seiten.

Der Verfasser giebt in einer „historischen Einleitung" einen kurzen Ueberblick über die Gestaltung des Eisenbahntransportrechtes vor und seit Einführung des deutschen Handelsgesetzbuchs, gedenkt der neuesten Entwickelung dieser Materie, wie sie durch die Entwürfe eines deutschen Eisenbahngesetzes und — bezüglich eines internationalen Transportrechtes — durch die Berner Konferenzen im Jahre 1878 angebahnt worden ist, und giebt in § 5 einen, freilich äußerst summarischen Ueberblick über den Stand der Gesetzgebung in mehreren außerdeutschen Staaten. Die bereits in § 2 erörterte überaus wichtige Frage nach der rechtlichen Natur, sowie der Gültigkeit und Wirksamkeit der Eisenbahn-Betriebsreglements würde zweckmäßiger hier ausgeschieden und im dogmatischen Theile der Schrift behandelt worden sein. In letzterem wendet sich der Verfasser nach einer Untersuchung über das Frachtgeschäft im Allgemeinen zur Erörterung der Rechte und Pflichten des Absenders, sodann des Frachtführers, namentlich

der Haftpflicht desselben, und endlich des Empfängers. In einem Schlußparagraphen wird der Ladeschein besprochen. Als Anlagen sind die Bestimmungen über die Verladung und Beförderung von lebenden Thieren auf Eisenbahnen vom 13. Juli 1879, das Gesetz betr. die Beseitigung von Ansteckungsstoffen bei Viehbeförderungen auf Eisenbahnen vom 25. Februar 1876 und die am 13. Juli 1879 erlassenen abändernden Bestimmungen zu § 44 des Betriebsreglements wörtlich beigegeben.

Die Erörterung über das juristisch ebenso interessante, als praktisch bedeutsame Verhältniß des Empfängers zum Versender und Frachtführer kommt in dem einzigen § 40 offenbar zu kurz. Wenn der Verfasser, um die Lücken auszufüllen, S. 221 N. 12 auf eine ganze Anzahl früherer Stellen, in denen er des Empfängers bereits vorgreifend gedacht hatte, einfach zurückverweist, so ist damit dem Leser wenig gedient. Folge andrer nicht ganz glücklicher Anordnungen des Stoffes sind kleine Wiederholungen (so z. B. die Ausführungen des § 19 gegenüber dem Inhalte des § 14 S. 77—79; S. 133 unter 4 gegenüber S. 88), die sich hätten vermeiden lassen. Im Uebrigen sind wir dem Verfasser mit Interesse gefolgt. Die Form der Darstellung ist eine knappe und ansprechende, fördert das Verständniß auch der schwierigeren Partieen und beweist, daß der Verfasser den Stoff theoretisch und praktisch beherrscht. So bildet die Schrift in der That für Eisenbahnbeamte, Kaufleute, Spediteure und Industrielle ein zweckmäßiges Hülfsmittel, um sich auf dem Gebiete des Eisenbahnfrachtrechtes zu orientiren. Ein ausführliches Wort- und Sachregister würde jedoch die Brauchbarkeit noch wesentlich erhöhen.

Für den Juristen von Fach besteht der Hauptvorzug des Werkes in einer sehr reichhaltigen Berücksichtigung der Rechtsprechung namentlich des Reichs-Oberhandelsgerichts und einiger partikularen obersten deutschen Gerichtshöfe. Die betreffenden Entscheidungen sind, soviel wie wir vergleichen konnten, mit Genauigkeit zitirt (S. 29 N. 10 muß es Band XIII. statt XII. heißen) und richtig, die wichtigeren wörtlich wiedergegeben. Daß die einschlägige Literatur so gut wie gar nicht berücksichtigt ist, wollen wir dem Verfasser nicht zum Vorwurf machen, da er für die Praxis, im täglichen Verkehr wie in foro, schreiben will. Dagegen haben wir hier und da eine selbständige Begründung der vorgetragenen Rechtsmeinungen ungern vermißt. Jedenfalls durfte man erwarten, daß der Verfasser zu so wichtigen Kontroversen Stellung nehmen werde, wie z. B. die S. 86 bei N. 4 berührte Frage: ob der Frachtvertrag in der That erst mit dem Aufdrücken des Expeditionsstempels (§ 49 des Betr.-Regl.) zum Abschluß gelange, oder ob der Absender, gestützt auf Art. 395, 423 des Handelsgesetzbuches auch eine frühere Empfangnahme beweisen und schon vom Momente der letzteren ab Vertragsrechte gegen die Eisenbahn geltend machen dürfe. So auch S. 171 bei N. 11, wo Verfasser gänzlich unterläßt, seine im Text vorgetragene Ansicht von der Fortdauer der solidarischen Verhaftung sämmtlicher am Transport betheiligten Bahnen im Falle des Art. 429 gegen Puchelt und den klaren Wortlaut des Gesetzes näher zu begründen.

Um dem eignen Wunsche des Verfassers am Schlusse der Vorrede zu

entsprechen, machen wir noch auf folgende Unrichtigkeiten von untergeordneter Bedeutung aufmerksam. Für Schäden, welche der Bahn infolge unrichtiger Zolldeklarationen erwachsen sind, wird ihr der Empfänger nicht schlechthin (S. 58), sondern, wie Verfasser auch anderwärts anerkennt, erst dann verantwortlich, wenn er durch Annahme des Frachtbriefes und des Gutes auch seinerseits in den Frachtvertrag eingetreten ist. Die Definition, welche S. 96 von dem Begriff der vis major gegeben wird, ist recht gut. Allein der S. 97 N. 6 gleichwohl als vis major behandelte Fall fällt, gerade auf Grund jener Definition, schon von vornherein nicht unter den Begriff der höheren Gewalt, weil eben das äußerlich als höhere Gewalt sich karakterisirende Ereigniß „vermöge der den Umständen des konkreten Falls angemessenen und vernünftigerweise zu erwartenden Vorsicht und Sorgfalt vermieden werden konnte." S. 188 ist übersehen, daß durch § 13 Schlußsatz des Einf.-Ges. der Civilprozeßordnung auch für den Fall des Art. 407 des Handelsgesetzbuchs das in § 448 der ersteren bezeichnete Amtsgericht für zuständig erklärt wird. Störende Druckfehler befinden sich auf S. 161 in N. 3 letzte Z. und S. 182 in N. 13 Z. 4 des Textes.

Die Beseitigung der erwähnten Mängel, eine noch etwas tiefergehende Behandlung des Stoffes, die Beifügung eines Registers und die Berücksichtigung der neueren Arbeiten über dieselbe Materie, namentlich von Eger und Ruckdeschel werden der Wehrmann'schen Schrift bei einer zweiten Auflage die verdiente Verbreitung sichern. H.

---

## 73.

**Personenstand und Eheschließung in Deutschland. Erläuterung des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung. Von Dr. Hermann v. Sicherer, o. ö. Professor der Rechte zu München. Erlangen 1879. Verlag von Palm und Enke (Adolph Enke).**

Seit dem Erlasse des Reichsgesetzes über die Beurkundung des Personenstandes ist bereits eine Reihe von Kommentaren zu demselben erschienen. Einzelne, wie der von Hinschius und der von Völk edirte, nehmen eine hervorragende Bedeutung ein. Dennoch begrüßen wir mit Freuden diesen neuen Kommentar von v. Sicherer. Er bietet zunächst schon den Vortheil, daß er der spätere ist, daß also die früheren Arbeiten in ihm berücksichtigt und verwerthet werden konnten. Aber auch abgesehen hiervon ist das Material zur Auslegung des Gesetzes, welches der Verfasser durch eignen gründlichen Fleiß zusammen getragen hat, ein so umfassendes, daß schon dieser Umstand allein dem Werke eine hervorragende Stellung in der Literatur sichert. In der Einleitung sind die Schwierigkeiten der Auslegung karakterisirt. Der Verfasser weist darauf hin, daß das Reichsgesetz in erheblichem Maße in das Recht der Eheschließung sowie der Ehescheidung eingreift, ohne diese Rechtsgebiete umfassend neu zu gestalten. Er hebt hervor, daß der anzuwendende Rechtssatz in vielen Fällen auf einer doppelten

Rechtsquelle beruht, daß die Voraussetzungen sich nach dem neuen (Reichs-), die Folgen nach dem alten (Territorial-) Recht bestimmen, oder umgekehrt. Die Aeußerungen des Verfassers klingen fast wie ein Schmerzensruf. Und doch möchten wir fragen, wie die Reichsgesetzgebung anders verfahren konnte, wenn sie den in Betreff des Eheschließungsrechts eingetretenen Nothstand beseitigen wollte? Ein einheitliches deutsches Gesetz über Eingehung und Trennung der Ehe wäre doch sicher nicht zu erreichen. Hoffen wir, daß das bürgerliche Gesetzbuch für Deutschland bald zu Stande kommt. Dann werden die vom Verfasser angedeuteten Schwierigkeiten wenn auch nicht verschwinden, so doch sich verringern.

Der Kommentar ist in der Weise abgefaßt, daß an den Wortlaut der einzelnen Gesetzesparagraphen sich die erläuternden Ausführungen des Verfassers unter fortlaufenden Nummern anschließen. Diesen sind einzelne Bemerkungen in Noten hinzugefügt. Wir müssen mit Rücksicht auf den beschränkten Raum es uns versagen, einzelne Bedenken gegen die Ansichten des Verfassers vorzutragen, selbst beim § 77 Absatz 2, über welchen wir eine vom Verfasser differirende Auslegung Bd. 21 S. 143 dieser Beiträge vertheidigt haben. Wir verweisen vielmehr unsere Leser auf die sehr eingehende Rezension des vorliegenden Werkes von Stölzel in der kritischen Vierteljahrsschrift von Brinz und Pözl Bd. 41 S. 238 ff. Stölzel bekämpft den Verfasser in einer Reihe von fundamentalen Fragen, und zwar u. E. meist mit Glück. Er kommt aber schließlich zu dem Resultat, daß dadurch der Werth des Werkes im Ganzen nicht beeinträchtigt werde. Diesem Gesammturtheil treten wir bei. Rassow.

---

## 74.

**Das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870.** Erläutert nach den Entscheidungen des Bundesamtes für das Heimathwesen von Wohlers, Geh. Ober-Regierungsrath, Mitglied des Bundesamtes für das Heimathwesen. Zweite vermehrte Auflage. Berlin 1880. Verlag von Franz Vahlen.

Ueber die 1876 erschienene erste Auflage dieser Schrift ist von dem frühern Redakteur der Beiträge Band XX. S. 837 berichtet. Der Verfasser hat in der Form eines Kommentars zu dem Reichsgesetze die Ergebnisse der Rechtsprechung des Bundesamtes f. d. Heimathwesen übersichtlich zusammengestellt. Die jetzt erschienene zweite Auflage ist in dem nämlichen Sinne unter wesentlicher Umarbeitung und unter Hinweisung auf die wichtigsten Entscheidungen fortgeführt. Sie reicht bis zum zehnten Hefte der von dem Verfasser ebenfalls herausgegebenen Entscheidungen des Bundesamtes, also bis zum Ende des Jahres 1878. Rassow.

---

75.

**Deutsche Hypothekenbanken.** Kritik und Reformvorschläge von Dr. Julian Goldschmidt, Rechtsanwalt in Berlin. Jena bei Gustav Fischer. 1880. 8° S. 229.

Das geistvoll und mit Sachkenntniß geschriebene Buch will, wie der Verfasser im Vorwort erklärt, nicht sowohl „die Grundkreditfrage systematisch erschöpfen, als vielmehr für die bevorstehenden Gesetzgebungsarbeiten ein in mancher Hinsicht vielleicht nicht ganz werthloses Material liefern". Diese Aufgabe wird in trefflicher Weise gelöst.

Verfasser geht von einer vergleichenden Betrachtung der altlandschaftlichen Kreditinstitute und der modernen Hypothekenbanken aus. Beide wollen denselben wirthschaftlichen Zwecken, der Förderung des Immobiliarkredits dienen. Allein die ersteren sind vermöge der Enge ihrer Beleihungsgrenze und der Schwerfälligkeit ihrer Geschäftsgebahrung dahin gelangt, vor dem Bedürfniß der Kreditsuchenden, dem sie doch ihre Entstehung verdanken, die Sicherheit der Pfandbriefsgläubiger zu bevorzugen. Umgekehrt sind die Hypothekenaktienbanken, trotz ihres spekulativen Ursprungs und obschon sie ausgesprochener Maßen zunächst Erwerbszwecke verfolgten, zu weitgehenden Kreditgewährungen zum Theil auf Kosten der Sicherheit der in ihnen arbeitenden Kapitalien gedrängt worden. Verfasser erklärt sodann die auffallende Erscheinung, daß die große Geschäftskrisis des Jahres 1873 Anfangs einen Aufschwung des Hypothekbankwesens herbeiführte, bis auch auf diesem Gebiete, infolge der maßlosen Bauthätigkeit, welcher sich die Banken dienstbar gemacht hatten, ein empfindlicher Rückschlag eintrat. Seitdem das Auftauchen der „Pfandbrieffrage", d. h. das Verlangen der Pfandbriefinhaber nach Ausstattung ihres Forderungsrechtes gegen die Banken mit Realsicherheit. Verfasser steht diesem Verlangen skeptisch gegenüber, indem er sehr richtig ausführt, daß mit Gewährung eines unmittelbaren Pfandrechts der Werth des Pfandes selbst, d. h. der den Emissionen zu Grunde liegenden Hypotheken an und für sich nicht gebessert, dafür aber sehr erhebliche administrative Erschwerungen des Bankbetriebs geschaffen werden. Seinen ferneren Untersuchungen schickt er S. 54 ff. eine Erörterung über das Wesen des Grundkredits voraus, in welcher er namentlich die Rodbertus'sche Rententheorie bekämpft. Wir heben aus den scharfsinnigen Ausführungen des Verfassers, mit denen er jedoch manchem Widerspruch begegnen dürfte, nur hervor, daß er die herkömmliche Eintheilung der drei Produktionsfaktoren: Grundbesitz, Kapital und Arbeit verwirft, den ersteren nur als eine „Form des Kapitals, eine Kapitalanlage" bezeichnet (S. 65) und lediglich eine „graduelle Verschiedenheit in der Umsatzfähigkeit des Grund und Bodens von dem sog. beweglichen Kapital" zugiebt (S. 71). Es wird sodann treffend ausgeführt, wie auch bei der Gewährung des Pfandkredits das subjektive Element, die Frage nach der persönlichen Kreditwürdigkeit des Schuldners, immer im Vordergrund der Erwägung stehen und besonders die Rücksicht auf die Zweckbestimmung des verlangten Kredits

sowie auf den Umstand vorwalten müsse, ob das angebotene Kreditsubstrat das ausschließliche Vermögen des Kreditsuchenden, oder nur einen Bestandtheil seines Vermögens bilde. Erst in zweiter Linie soll die Frage nach der Realisirbarkeit des Pfandobjektes folgen. Verfasser will hier die landläufige Eintheilung des Immobiliarkredits in städtischen und ländlichen mindestens durch das Mittelglied des industriellen Kredits vermehrt wissen. Er hält aber daran fest, daß allen drei Pfand-Kategorien der Waarenkarakter gemeinsam sei, wenn schon derselbe beim städtischen Besitz und hier wieder bei der sog. „Baustelle" am deutlichsten hervortrete. Zugegeben wird, daß die Kreditinstitute bei ihrem Geschäftsumfang und ihrer eminenten volkswirthschaftlichen Bedeutung nicht individualisiren können und daher im vornherein allgemeine Normen für die Kreditgewährung aufzustellen, auch grundsätzlich nur lange Kredite zu gewähren haben. Dies führt zu einer Erörterung der Technik des Hypothekenbankwesens und der überaus wichtigen Frage der „Beleihungsgrenze". Die Aufstellung absoluter Beleihungsgrenzen für den Immobiliarkredit wird bei der ungemeinen individuellen Verschiedenheit der Beleihungsobjekte und der langen Dauer des Hypothekenkredits grundsätzlich verworfen und die Unbrauchbarkeit des Feuerkassensowie des Gebäudesteuernutzungs-Werthes für die Bemessung des städtischen Kredits überzeugend nachgewiesen. Auch die Beleihung der ländlichen Grundstücke nach Maßgabe des Grundsteuerreinertrages wird im Interesse der Kreditsuchenden verworfen, wiewohl dieser Maßstab für die Sicherheit des danach bemessenen Kredits meist zuverlässige Garantieen biete.

Als einzig möglicher Ausgangspunkt einer wirksamen Reform des gesammten Immobiliarkreditwesens bezeichnet der Verfasser die Beschaffung rationeller Grundlagen des Taxwesens überhaupt. Er erwartet solches von einer über das ganze Reich sich erstreckenden, auf den freiwilligen und zwangsweisen Verkäufen fußenden Immobiliarstatistik, von einer zeitgemäßen Fortbildung der bewährten landschaftlichen Taxprinzipien und von dem Erlasse strafrechtlicher Bestimmungen gegen dolose oder kulpose Ueberschätzungen. Eine weiter gegen Rodbertus polemisirende Untersuchung über Amortisation und Unkündbarkeit führt ihn zu dem Vorschlag, bei der Realisation des Pfandkredits den Schwerpunkt in konservatorische Maßnahmen (Administration und Sequestration) zu verlegen, die Subhastation aber — welche die Hypothekenbanken als hauptsächliche Ersteher der versteigerten Grundstücke allmählich in Immobiliengesellschaften zu verwandeln drohe — nur als ultima ratio zuzulassen. Dem Passivkredit der Hypothekenbanken (S. 173 ff.) dienen als Unterlagen das Grund- oder Garantiekapital bei den Aktiengesellschaften, die Solidarhaft bei den genossenschaftlichen Verbänden. Den Hauptwerth der letzteren erblickt Verfasser S. 182 in ihren moralischen Wirkungen. Daß er sich von einer Ausstattung der Pfandbriefgläubiger mit unmittelbaren dinglichen Rechten an der Pfandmasse der Kreditinstitute nichts verspricht, war schon hervorgehoben. Dennoch zollt er dem auf diesem Standpunkt stehenden neuerlichen Entwurfe eines Gesetzes betr. das Faustpfandrecht für Pfandbriefe ꝛc. — den er in einer besonderen Schrift begutachtet — hohe Anerkennung. Nur gegen

das dort eingeführte Institut des „Pfandhalters“ macht er S. 199 ff. schwerwiegende Bedenken geltend.

Die schließlichen Reformvorschläge des Verfassers gipfeln, nachdem er die von der „Konkurrenz“ erwarteten Segnungen als schwere Benachtheiligungen namentlich der preußischen Hypothekenbanken beleuchtet hat, vielmehr in der Errichtung eines — staatlichen oder privaten — Centralinstituts für den Immobiliarkredit des deutschen Reiches. Von diesem Institute erwartet er die Schaffung einer gemeinsamen Organisation zum Zwecke der Erreichung einheitlicher Geschäftsgrundsätze und des Austausches lokaler Erfahrungen (S. 216). Er will ihm aber auch (S. 221) die hochbedeutsame Aufgabe zugewiesen sehen, auf Grund von Pfandbriefen der Lokalinstitute Generalpfandbriefe — die mit Pupillarität und Depositalfähigkeit auszustatten sein würden — zu emittiren und somit nicht nur eine wirksame Kontrollinstanz über die einzelnen Institute zu bilden, sondern auch die Liquidation einer Anzahl mittlerer oder kleiner Banken von zweifelhafter Existenzberechtigung herbeizuführen.

Der Verfasser erwähnt in der Vorrede, daß die Entstehungszeit der einzelnen Theile seiner Arbeit in die verschiedenen Perioden der letztvergangenen Bewegung falle. Er registrirt mit Genugthuung, daß „Vieles, was er hier vor Jahren niedergeschrieben, heute bereits in praktisch vollendeter Weise ins Leben getreten ist“. Wir wünschen ihm die gleiche Erfahrung auch mit den jetzt veröffentlichten Vorschlägen. Die Nüchternheit, mit der er die Dinge sowie sie sind zu betrachten, die echt praktische Art, mit welcher er sich ebensowohl von übertriebenen Anforderungen an die Gesetzgebung, als von dem bequemen laisser faire et laisser aller fernzuhalten weiß, scheinen in der That diesen Erfolg zu verbürgen und machen die Goldschmidt'sche Arbeit, die wir an dieser Stelle nur äußerst skizzenhaft wiedergeben konnten, der höchsten Beachtung aller Berufenen werth.

H.

---

## 76.

**Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit.** Von Dr. Ad. Arndt, Privatdozent an der Universität Halle. Halle, C. E. M. Pfeffer. 1879.

Die ziemlich umfangreiche Monographie enthält eine eingehende Darlegung der Ansichten des Verfassers über die Entstehung des Bergregals und der Bergbaufreiheit und über das wechselseitige Verhältniß dieser beiden Rechtsinstitute. Der Verfasser gelangt unter anderen zu folgenden Sätzen:

1) Diejenigen Mineralien, auf welche sich das Bergregal und die Bergbaufreiheit beziehen (sog. Bergwerksmineralien), können nach dem ursprünglichen Rechtszustande nicht als Zubehör des Grundeigenthums angesehen werden. S. 2.
2) Die Griechen erachteten diese Mineralien nicht als ein rechtliches Zubehör zum Grundeigenthum, sondern als Sachen, welche dem Verfügungsrechte des Staates unterworfen waren. S. 7.

3) Bei den Römern galten bis zur späteren Kaiserzeit auf italischem Boden die Bergwerksmineralien als Zubehör des Grundeigenthums, wogegen dieselben in den Provinzen dem Verfügungsrechte des Staates unterlagen. S. 8, 10, 15.
4) Die Deutschen haben von den Römern den Bergbau erlernt und von ihnen die Bergwerksverfassung und die Berggesetzgebung übernommen. S. 20, 21.
5) Die Bergbaufreiheit läßt sich in Deutschland nicht mit den Anrechten der Gemeindegenossen an die Almende in Verbindung bringen. S. 22.
6) In der ersten Hälfte des Mittelalters können die Mineralien in Deutschland nicht als bloße Bestandtheile der Oberfläche angesehen werden. S. 34, 217.
7) Das Recht zum Bergbau war Gegenstand besonderer vom Könige, vom Regalherrn zu ertheilender Verleihung. Der bergbaulustige Finder hatte keinen Anspruch auf solche Verleihung aus eigenem Rechte. S. 36, 37, 51, 52.
8) Die Bergbaufreiheit ist aus der Bergregalität herzuleiten. S. 55.

Manche dieser Behauptungen stehen im Widerspruch mit dem, was namhafte bergrechtliche Schriftsteller bisher vertheidigt haben. Der Verfasser hat seine Ansichten aber überall gehörig begründet und unter eingehender Anführung alter Berg-Ordnungen und Urkunden zu rechtfertigen gesucht und somit eine dankenswerthe Anregung zu eigener Prüfung der Kontroversen gegeben.

In den folgenden Abschnitten behandelt der Verfasser die Fortentwickelung des Regals und der Bergbaufreiheit vom 14. Jahrhundert ab, den bergrechtlichen Fund, Muthung und Verleihung und erörtert die Natur des Bergwerkseigenthums. Auch hier befindet er sich bisweilen mit anderweitig feststehenden Ansichten im Widerspruch. So will er z. B. das Recht aus der Muthung (um das Muthungsgesuch handelt es sich nicht) auch für den Geltungsbereich des preuß. Allg. Landrechts und des neuen preuß. Allg. Berggesetzes nicht als ein dingliches bezeichnet wissen, wiewohl er die Verfolgbarkeit dieses Rechtes aus der Muthung gegen jeden dritten Prätendenten anerkennt. Die preußische Judikatur und namhafte bergrechtliche Schriftsteller erachten dies Recht für ein dingliches (Entscheid. des preuß. Ober-Trib. Bd. 38 S. 346; Bd. 40 S. 277; Bd. 75 S. 224; Klostermann, Lehrbuch des Preuß. Bergrechts S. 79, 87; Oppenhoff, Allg. Berggesetz S. 41 Note 174; etwas abweichend Achenbach, gemeines deutsches Bergrecht S. 405 Note 1). Uebrigens gewährt auch dieser Theil des Buches eine lehrreiche Lektüre, so daß das ganze Werk bestens empfohlen werden kann.

—r.

77.

1. **Bergrechtliche Grundsätze der preußischen und anderer deutscher Bergbehörden und Gerichtshöfe,** bearbeitet und zusammengestellt von Dr. Brassert, Berghauptmann und Oberbergamts-Direktor zu Bonn. Separatabdruck aus der Zeitschrift für Bergrecht. Band XXI. Bonn bei Adolf Markus. 1880.

2. **Das allgemeine preußische Berggesetz vom 24. Juni 1865.** Erläutert durch die seither ergangenen Entscheidungen und Verfügungen der obersten Gerichtshöfe und Verwaltungsbehörden von Dr. M. Busse. Breslau. 1880. J. U. Kern's Verlag (Max Müller).

Die Brassert'sche Zeitschrift für Bergrecht enthält ständig in zwei Kapiteln die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe und die Erlasse der Verwaltungsbehörden in Bergsachen. Das Bedürfniß nach einer Uebersicht über dieses für die Handhabung des Berggesetzes unentbehrliche Material veranlaßte bereits im Jahre 1873 den Herausgeber jener Zeitschrift, die Rechtsgrundsätze der preußischen Bergbehörden bei Anwendung des Gesetzes vom 24. Juni 1865 nach den Paragraphen desselben zusammenzustellen. Diese Arbeit hat er jetzt und zwar in umfassenderem Maße fortgeführt. Die neue Zusammenstellung enthält außer den Entscheidungen der Bergbehörden auch vollständig diejenigen der Gerichtshöfe. Sie berücksichtigt ferner nicht bloß das preußische Bergrecht, sondern auch das der benachbarten deutschen Bundesstaaten, namentlich Bayern, Württemberg und Hessen, deren Berggesetze dem preußischen nachgebildet sind. Die große Bedeutung einer derartigen Sammlung bedarf keiner besonderen Betonung. Namentlich dem Praktiker wird dadurch ein kaum entbehrliches Hülfsmittel bei Anwendung des Berggesetzes geboten. Wie der Verfasser besonders hervorhebt, läßt sich aus der Zusammenstellung deutlich die rechtsgestaltende Kraft der Praxis erkennen, welche es vermag, Mängel und Lücken bestehender Gesetze unschädlich zu machen und scheinbare oder wirkliche Schwierigkeiten in zweckmäßiger Weise zu überwinden. Manche Zweifels- und Streitfrage aus dem Gebiete des neuern Bergrechts hat durch Entscheidungen der zuständigen Behörden eine befriedigende Erledigung gefunden, ohne die Gesetzgebung zu einem verfrühten Einschreiten zu drängen. Im Munde des Verfassers, der zu den größten Autoritäten der Bergrechtswissenschaft gehört, ist diese Anerkennung der Praxis bei Emendirung, Supplirung und Korrigirung des Berggesetzes recht bedeutsam. Wir zweifeln nicht, daß die Zusammenstellung von den Berufsgenossen günstig aufgenommen wird, und daß sie zur Verbreitung der Zeitschrift für Bergrecht, welche auch in Zukunft Erlasse und Entscheidungen vollständig mittheilt, beiträgt.

Gleichzeitig mit der Brassert'schen Sammlung ist der Kommentar zum preuß. Berggesetz von Busse erschienen. Die Veranlassung zu letzterem hat ebenfalls der Umstand geboten, daß die im XIV. Bande der Brassert'schen Zeitschrift erschienene Zusammenstellung sowie das Klette'sche Handbuch des Bergwesens 2c. nicht mehr das ganze Material zur Anwendung des Gesetzes lieferten. Der Verfasser hat diesem Mangel vorzugsweise unter

Benutzung der in der Brassert'schen Zeitschrift mitgetheilten Erlasse und Urtheile abzuhelfen versucht, und zwar, wie uns scheint, in sorgfältiger und zweckmäßiger Weise. Rassow.

---

78.

**Geschichte des Königlichen Ober-Tribunals zu Berlin.** Von Dr. F. H. Sonnenschmidt, Ober-Tribunalsrath. Berlin. Carl Heymann's Verlag. 1879.

Der Schwanengesang des preußischen Ober-Tribunals! Den Verfasser hat, wie er in der Vorrede sagt, ein Pietätsgefühl dazu geführt, diesem hohen Gerichtshofe vor seiner Auflösung einen Denkstein zu setzen, um das ihm gebührende Andenken im Volke bis in spätere Zeiten zu bewahren. Der Leser wird, wenn er auch nicht gleich dem Referenten Mitglied des Ober-Tribunals gewesen ist, dem Werke gewiß ebenfalls ein Gefühl der Pietät entgegenbringen. 177 Jahre lang hat in Preußen das Ober-Tribunal — zeitweise unter anderm Namen — die höchste Instanz für die Rechtsprechung gebildet. Anfänglich nur für Civilsachen bestimmt, wurde 1849 seine Kompetenz auch auf Strafsachen ausgedehnt. Als im Jahre 1870 das Oberhandelsgericht gebildet, und dadurch dem Ober-Tribunal die Rechtsprechung über die wichtigsten Gebiete des Reichsrechts entzogen wurde, ließ sich voraussehen, daß der höchste preußische Gerichtshof nicht fortbestehen, sondern der Einheit des deutschen Reiches zum Opfer fallen würde. Daß dies Ereigniß bereits 1879 eintrat, und daß das Reichsgericht seinen Sitz nicht in Berlin erhielt, ist, wie der Verfasser gesteht, ihm und vielen preußischen Richtern überraschend gewesen.

Die Geschichte des Ober-Tribunals wird im vorliegenden Buche in 6 Perioden getheilt. Die erste umfaßt die Zeit von 1702—1748, d. h. von der Gründung des Ober-Appellationsgerichts in Berlin (nach Ertheilung des privilegium de non appellando) bis zur Verbindung desselben mit dem Kammergericht. Die zweite reicht von 1748—1782. Während derselben war das Tribunal ein Senat des Kammergerichts. Die dritte — 1782—1853 — bringt die Geschichte des Geheimen Ober-Tribunals, die vierte diejenige des Ober-Tribunals nach der Vereinigung mit dem rheinischen Revisions- und Kassationshofe (1853—1867), die fünfte umfaßt die Zeit der Errichtung des Ober-Appellationsgerichts für die neuen Provinzen und des Bundes-Oberhandelsgerichts neben dem Ober-Tribunal (1867 bis 1874), und endlich die sechste das Ober-Tribunal nach der Vereinigung mit dem Ober-Appellationsgericht bis zu seiner Aufhebung.

Der Verfasser führt, indem er uns die Schicksale des höchsten preußischen Gerichtshofes schildert, ein sehr wichtiges Stück aus dem preußischen Rechts- und Staatsleben an unsern Augen vorüber. Wir sind überzeugt, daß spätere Geschichtsforscher ihm für die umfassende Arbeit und für die vielen von ihm mühsam aus den Akten gesammelten Daten dankbar sein werden. Allerdings giebt er, seinem Plane gemäß, nur die äußere Geschichte des Ober-Tribunals. Was dasselbe für die innere Entwicklung des preußi-

schen Rechts, für die Fortbildung der in der Gesetzgebung oft nur schüchtern auftretenden neuen Rechtssatzungen geleistet hat, bleibt unerörtert. Und doch wäre eine Darstellung dieser Wirksamkeit des Ober-Tribunals gewiß nicht ohne Interesse. Es hat wohl keinen Gerichtshof gegeben, dessen Präjudikate für die Rechtsprechung der unteren Gerichte eine größere Autorität genossen hätten. Wer selbst, namentlich in den früheren Dezennien, Mitglied eines Spruchkollegiums war, der weiß, daß nicht ohne Grund gesagt ist, der Präjudikatenkultus hindere das eigene juristische Denken der Richter.

Wir sind der Ansicht, daß der Verfasser seinem Werke nicht geschadet haben würde, wenn er die Notizen über die äußere preußische Rechtsgeschichte erheblich gekürzt hätte. Soweit sie für das Verständniß der Geschichte des Ober-Tribunals erforderlich sind, halten wir sie für berechtigt. Sie gehen aber über dieses Ziel hinaus. Ebenso hätten wir die Rechtfertigung des Plenarbeschlusses vom 29. Januar 1866 betreffend die Verfolgbarkeit der Abgeordneten gern gemißt. Wozu jetzt noch die Klagen über die Gereiztheit der öffentlichen Meinung? Daß überdies jener Plenarbeschluß nicht den einzigen Grund für die geschilderte Mißstimmung gegen das Ober-Tribunal bildete, weiß der Verfasser gewiß am besten.

Ganz vorzüglich ist die äußere Ausstattung des Buches. Es enthält als Anlagen eine Ansicht des Kammergerichtsgebäudes, 3 Portraits (von dem ersten Präsidenten v. Brandt, v. Cocceji und v. Uhden) und 4 Autographen. Rassow.

---

## 79.

**Allgemeines Landrecht für die Preuß. Staaten nebst den ergänzenden und abändernden Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetzgebung.** Mit Erläuterungen von H. Rehbein, Kammergerichtsrath, und O. Reincke, Direktor am Landgericht I zu Berlin. Berlin 1880. Verlag von H. W. Müller.

Wohl Mancher, der die Ankündigung dieser neuen Ausgabe des A.L.R. gelesen hat, wird dem Zweifel Ausdruck gegeben haben, ob gegenüber der immer näher rückenden Aussicht auf die Fertigstellung des Deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs die Herausgeber und die Verlagshandlung auf einen der reichen Mühe und Arbeit und den aufgewendeten Kosten entsprechenden Erfolg ihres Unternehmens sich Hoffnung machen dürfen. Um so dankbarer wird man ihnen sein müssen, daß sie trotzdem den Entschluß zur Arbeit gefaßt haben und dieselbe mit Energie fördern. Die Aufgabe, welche das Werk erfüllen soll, besteht darin, den systematischen Zusammenhang des Gesetzbuchs, die Veränderungen, welche es durch die preußische und Reichs-Gesetzgebung erfahren hat, und die Gestaltung, welche die Rechtsprechung ihm gegeben hat, in leicht übersichtlicher Form zur Anschauung zu bringen. Die Autoren glauben damit einmal den Richtern ein ihnen unter der Herrschaft der neuen Prozeßgesetze mehr als je nothwendiges Hülfsmittel zu sicherer und schneller Orientirung zu gewähren, dann aber auch den jungen

Juristen das Studium des geltenden Rechts zu erleichtern. Zur Lösung dieser Aufgabe haben sie

1) aus dem Texte des Gesetzbuchs die ausdrücklich aufgehobenen Bestimmungen entfernt, die nach ihrer Auffassung zweifellos obsoleten Vorschriften durch kleinen Druck kenntlich gemacht und die in Betreff der fortdauernden Geltung anderer Paragraphen bestehenden Zweifel in Anmerkungen angedeutet,
2) die modifizirenden Gesetze an den geeigneten Stellen derartig zum Abdruck gebracht, daß sie als solche schon äußerlich durch den Druck in lateinischen Lettern hervortreten,
3) durch Verweisung auf Parallelstellen den innern Zusammenhang der landrechtlichen Bestimmungen darzulegen sich bemüht und
4) in kurz gefaßten Erläuterungen theils auf das für die richtige Auffassung derselben durch die Judikatur erbrachte erheblichere Material unter Zitirung der betreffenden Urtheile, theils auf den bei der Anwendung der einzelnen Vorschriften zu beachtenden Einfluß der neuen Gesetze hingewiesen.

Nach keiner dieser Richtungen hin haben es die Herausgeber an der gewissenhaftesten Sorgfalt fehlen lassen. Das Buch zeichnet sich in Folge dessen durch große Korrektheit*), in der Darstellung des Einflusses der neuen Gesetzgebung, insbesondere auch der großen deutschen Justizgesetze, durch nicht genug zu rühmende Vollständigkeit und in der Skizzirung der Ergebnisse der Rechtsprechung durch eine die leichte Faßlichkeit nicht beeinträchtigende prägnante Kürze und gewandte Sichtung des überreichen Materials aus.

Wie sehr es die Autoren verstanden haben, ihr Hauptziel — die leichte Uebersichtlichkeit — zu erreichen, tritt schon äußerlich dadurch hervor, daß trotz des gewählten kleineren Formats der bis jetzt erschienene erste Theil des A.L.R. mit allen Ergänzungen und Erläuterungen nur 71 Druckbogen umfaßt.

Das Werk macht keinen Anspruch darauf, den Koch'schen Kommentar gänzlich zu ersetzen; wohl aber ist es geeignet, den oben angegebenen Zwecken, welche die Herausgeber verfolgen, in hervorragender Weise zu dienen.

Der noch fehlende zweite Theil des Gesetzbuchs soll im Laufe des Jahres erscheinen. Nicht enthalten wird das Werk das Handelsgesetzbuch, die Wechselordnung und das Strafgesetzbuch. Küntzel.

---

*) Es ist uns bisher nur eine Unrichtigkeit aufgestoßen, nämlich der in Anm. 14 zu § 60 A.L.R. I. 2 enthaltene Satz, daß das Eigenthum solcher Sachen, welche zwar objektiv als Pertinenzen eines Landguts sich darstellen, aber einem Dritten gehören, nach Entsch. des Ober-Trib. Bd. 70 S. 247 auch bei der Subhastation trotz Präklusion auf den Ersteher nicht übergehe. Die angezogene Entscheidung besagt das Gegentheil.

## 80.

**Jahrbuch für endgültige Entscheidungen der preuß. Appellationsgerichte.** Herausgegeben von Reinhold Johow, Ober-Tribunalsrath. Achter Band. Berlin 1879. Verlag von Franz Vahlen.

Bei der fortdauernden amtlichen Verhinderung des Herausgebers ist dieser achte Band ebenso wie die 4 früheren von dem Landgerichtsrath Küntzel redigirt. Derselbe bringt 212 Entscheidungen, welche sich auf die Führung des Handels- und Musterregisters (14), des Standesregisters (5), die Subhastation (22), Erb- und Nachlaßsachen (11), Vormundschaftssachen (39), Grundbuchsachen (121) beziehen. Dann folgen 10 Entscheidungen in Bagatellsachen und 4 Entscheidungen über Kosten und Stempelfragen in Grundbuch- und Subhastationssachen. Den Schluß bilden 3 Abhandlungen: 1) der Rechtsschutz durch vorläufige Einschreibung im Grundbuch von dem Stadtgerichtsrath Achilles, 2) Verzicht auf die Ausfertigung eines Hypothekenbriefes in den Fällen, in welchen wegen Eintragung einer Veränderung an sich die nachträgliche Bildung des Hypothekenbriefes erfolgen müßte, von dem Kreisrichter Schultzenstein in Trebbin, 3) Kann der Gläubiger einer Hypothek oder einer Grundschuld in dem Falle, daß nach deren Eintragung eine vorstehende Post gelöscht worden ist, die Vermerkung der Löschung auf seinem Hypothekendokumente verlangen? von dem Kreisgerichtsrath Zenthöfer in Kulm.

Der Leser wird sich bei Durchsicht des achten Bandes überzeugen, daß derselbe an Reichhaltigkeit des Inhaltes in keiner Weise verloren hat. Wir haben bereits mehrfach in den Beiträgen (Bd. 21 S. 648, Bd. 22 S. 485) darauf hingewiesen, daß das Jahrbuch mit dem Eintritt der neuen Justizorganisation an Bedeutung gewinnen müßte. Wir sprachen die Hoffnung aus, daß es das Organ für die Publikation der Entscheidungen bilden werde, welche das Kammergericht nach dem Ausführungsgesetze vom 24. April 1878 über das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde in ganz Preußen fällt. Wie wir aus der Vorrede zum achten Bande ersehen und auch anderweit glaubhaft bestätigt hören, wird diese Hoffnung in Erfüllung gehen, und der bald erscheinende neunte Band nicht bloß das nach dem bisherigen Plane gesammelte Material, sondern auch eine größere Zahl von Entscheidungen, welche das Kammergericht gemäß § 51 des Ausführungsgesetzes getroffen hat, bringen. Wir freuen uns über diesen Erfolg umsomehr, als die Durchführung des von dem Jahrbuch verfolgten Gedankens, den Rechtszustand in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit klar zu legen, bisher sowohl für die Redaktion als die Verlagshandlung mit großer Anstrengung und erheblichen Opfern verknüpft gewesen ist. Die Redaktion verspricht, die Aenderungen im Plan und Titel des Jahrbuches, welche in Folge der neuen Organisation eintreten, beim Erscheinen des neunten Bandes mitzutheilen. Wir behalten uns vor, demnächst auch unsere Leser davon in Kenntniß zu setzen. Daß, wie die Redaktion bemerkt, der praktische Werth der Sammlung durch die Aenderungen erheblich gewinnen wird, erachten wir nicht für zweifelhaft. Rassow.

## 81.

**Die preußischen Juristenfakultäten von ihrer Schattenseite und ihre Reform.** Ein Einblick in die Mysterien der Lehre und des Studiums der Rechtswissenschaft von B. Richard. Löbau, Westpreußen. Druck und Verlag von R. Skrzeczek.

Der dem Titel beigefügte Zusatz: „von der Schattenseite" erinnerte uns an die in demselben Verlage erschienene bekannte Schrift über den Kreisrichter von der Schattenseite. Wir erkennen jedoch gern an, daß der uns unbekannte Verfasser der vorliegenden Brochure nicht in den beleidigenden Ton verfallen ist, welcher die Berufsgenossen bei dem Erscheinen der frühern Schrift mit so gerechter Entrüstung erfüllte. Der Verfasser schildert die Mängel des Studiums der Jurisprudenz auf den Universitäten. Es ist ihm sichtlich Herzenssache, dem Uebel abzuhelfen. Zu diesem Zwecke macht er verschiedene Vorschläge, welche im Wesentlichen darauf hinauslaufen, daß die Professoren nicht mehr diktiren, sondern unter Zugrundelegung eines kurzen Handbuchs frei vortragen und im nächsten Kollegium das Vorgetragene abfragen sollen. Er versucht auch, einen Studienplan für die 6 Semester aufzustellen. Neues enthält die kleine Schrift für denjenigen, welcher sich mit der Frage nach der Reorganisation des Universitätsunterrichts beschäftigt hat, kaum. Immerhin halten wir es für ein Verdienst, daß dieser u. E. wunde Punkt wieder einmal berührt ist. Daß die Vorschläge des Verfassers irgend einen Erfolg haben, glauben wir allerdings nicht.

Rassow.

---

## 82.

**Das römische Privatrecht.** Von Dr. Ferdinand Zróbłowski, Professor an der Universität Lemberg. Erster Band (das Recht im objektiven Sinn und die Personen). Prag. Verlag von H. Dominikus. 1877. Zweiter Band (die Sachen und ein Theil der Lehre von den Rechten überhaupt). 1880.

Wie der Titel dieses Buches angiebt, enthält der bereits 1877 erschienene erste Band zunächst die Lehre vom objektiven Recht, namentlich Begriff, Entstehung, Umfangsgebiet desselben, Verhältniß der Rechtsvorschriften zu einander, zeitliche Beziehung der Rechtssätze zu einander und wissenschaftliche Behandlung des Rechts. Dann folgt die Lehre von den Personen, zunächst den physischen (Unfreie, Mittelstufen, Freie, Einfluß besonderer Verhältnisse und Zustände), hierauf den juristischen. Der zweite Band (1880) beginnt mit der Darstellung der Rechtsobjekte, insbesondere der Sachen. Daran schließt sich die Lehre von den Rechten und Rechtsgeschäften.

Kierulff hat in der Einleitung zu seiner Theorie des gemeinen Civilrechts der historischen Richtung in der Rechtswissenschaft vorgeworfen, sie verlasse nicht minder als die naturrechtliche Theorie den praktischen Boden der Gegenwart. Sie halte fest am positiven Stoff, aber dieser Stoff sei seinem

größten Theil nach todtes Material, welches außer Zusammenhang stehe mit dem lebendigen Recht der Gegenwart. Sie erwäge nicht, daß ihr so unhistorisches als unpraktisches Bestreben, die deutsche besondere Gestaltung des gemeinen Rechts zu leugnen und dasselbe auf den Justinianischen Standpunkt absolut zu fixiren, jeden lebendigen Fortschritt hemme. Die Theorie sei nur dann Rath für die Praxis und wirkliche Theorie, wenn sie vorbringe, was die Praxis gebrauchen kann.

Diese 1839 geschriebenen Worte Kierulffs sind der Ausdruck der von ihm begonnenen Reaktion gegen die damals allgemein herrschende historische Schule. Wir meinen, daß vorzugsweise seit Kierulffs Mahnruf das Streben datirt, die Darstellung des römischen Rechts von den früher in dasselbe hineingetragenen Exkursen zu befreien, und diejenigen Rechtsmaterien, welche national-römisches, für uns todtes Recht enthalten, auszuscheiden. Wie bedeutende Fortschritte in dieser Richtung gemacht sind, wird demjenigen nicht entgehen, welcher die jetzt gangbaren Handbücher mit den in den ersten Dezennien unsers Jahrhunderts erschienenen vergleicht. Selbst für die Institutionen hat Hölder neuerdings es versucht, das historische Moment dem systematischen unterzuordnen, weil den Institutionen nicht zugemuthet werden könne, die Aufgabe der Rechtsgeschichte zu lösen., Den hoffentlich entscheidenden Schritt auf diesem Wege bildet Paul von Roth's System des deutschen Privatrechts, in welchem unternommen ist, das in Deutschland geltende Civilrecht, wie es sich aus den Landesrechten und den subsidiären Rechten entwickelt hat, einheitlich zusammen zu fassen.

Allerdings haben manche Rechtslehrer, namentlich Anhänger der historischen Schule, es nicht an Widerspruch fehlen lassen. Ich erinnere vor Allem an Böcking's „Pandekten des römischen Privatrechts oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts“ (1853). Denselben Weg, welchen Böcking in der Vorrede und im Werke selbst als den für die Darstellung des römischen Rechts richtigen bezeichnet, verfolgt auch der Verfasser des vorliegenden Buches. Er beginnt das Vorwort mit folgenden Sätzen:

> Die bei der Darstellung des römischen Rechts noch immer übliche Scheidung in Institutionen und Pandekten ist hier fallen gelassen. Das sogenannte Pandektenrecht hat nur in wenigen, unbedeutenden*) Gebieten unmittelbar praktische Anwendung und wird sie auch in diesen verlieren, wenn ein allgemeines deutsches Privatgesetzbuch zu Stande kommt. Wissenschaftlichen Werth vermögen wir aber dem s. g. Pandektenrecht nicht beizulegen; dasselbe hat bloß als ein Interpretationsmittel der positiven Gesetzbücher, die unter dem Einfluß der gemeinrechtlichen Doktrin abgefaßt sind, Bedeutung, beziehungsweise wird es eine solche mit Rücksicht auf das neue Privatgesetzbuch haben.

Der Verf. führt dann weiter aus, es gehe die Aufgabe, das römische Recht rein und ungetrübt durch spätere größtentheils unsichere und nicht festzustellende Modifikationen darzustellen, dahin,

*) Paul v. Roth berechnet im § 1 seines Systems, daß das Geltungsgebiet des gemeinen Rechts in Deutschland rund 14 Millionen Einwohner umfaßt.

jene Modifikationen auszuscheiden und mit der Dogmatik die Geschichte zu verbinden.

Diesen Grundsätzen entspricht die Darstellung des „römischen Privatrechts in dem vorliegenden Werke. Eine Reihe von Rechtsinstituten, welche wir gewohnt sind als abgestorbenes Recht zu betrachten, und deren Erörterung wir in den Lehrbüchern der Rechtsgeschichte erwarten, wird mit großer Sorgfalt historisch entwickelt und dogmatisch vorgetragen. Andere Institute, deren Bedeutung für das jetzige Rechtsleben keinem Zweifel unterworfen sein kann, werden gar nicht, oder mit wenigen Worten erwähnt. Um einige Beispiele — zunächst aus dem I. Bande — anzuführen, so handelt der Verf. über die capitis diminutio im Text S. 143—148, in den Noten S. 156—169. Dabei giebt er selbst zu, daß seit Justinian die Bedeutung der cap. dim. media und minima „beinahe“ weggefallen ist (S. 143, 144). Daß bei uns mit dem Aufhören der Sklaverei auch die c. d. maxima ihre Wirkung verloren hat, bedarf keiner Bemerkung. Windscheid (Pand. § 55) sagt deshalb:

> Für uns hat die Lehre von der capitis diminutio keine Bedeutung mehr.

Ueber die Unfreien (servi) und deren Rechtsfähigkeit, über die Entstehung und Endigung der Sklaverei verbreiten sich die §§ 25—27 (S. 177 bis 217). Andrerseits ist die Lehre von der örtlichen Kollision der Rechte ganz weggelassen. Der Verf. rechtfertigt dies mit folgenden Gründen:

> Für die Lehre vom „internationalen Privatrecht“ („Anwendung der Rechte verschiedener Territorien“ Puchta; „örtliche, räumliche Grenzen“ Savigny) bieten die Quellen des römischen Rechts keine genügende Auskunft. Das von Savigny (VIII. §§ 353—357) zusammengestellte Material genügt nicht, um darauf die Lehre von den räumlichen Grenzen der Rechtssätze zu bauen. Wir übergehen daher dieselbe ꝛc. (S. 74, 75).

Wir bedauern aufrichtig, daß der Verfasser den von ihm beliebten Weg eingeschlagen und dadurch sein Buch zum größern Theile für weitere Leserkreise unfruchtbar gemacht hat. Wer dasselbe sorgfältig liest, wird sich bald überzeugen, daß der Verfasser die Quellen sowie die Literatur des römischen Rechts kennt und beherrscht. Man trifft eine Reihe von interessanten historischen Untersuchungen, durch welche manches Problem gefördert wird. Diese Bemerkungen beziehen sich allerdings mehr auf die Ausführungen in den Noten und Exkursen, als auf den Text des Buches. Das in letzterem gegebene Material ist zu knapp bemessen. An Stelle der Begründung und Durchführung von Rechtsgrundsätzen bedient sich der Verfasser, zum Theil verleitet von dem Streben nach Kürze, allgemeiner Redewendungen, welche des konkreten Inhalts entbehren. Im Gegensatz dazu nehmen die Noten und Exkurse einen zu großen Raum ein. In vielen Fällen würden wir es für richtiger halten, wenn der Verfasser den darin enthaltenen Stoff in den Text verarbeitet hätte. So wie sie uns vorliegen, bilden sie das Schlachtfeld für die literarischen Fehden des Verfassers mit Ihering, Kuntze, Brinz, Böcking u. s. w. Wir möchten glauben, daß eine Darstellung des römischen Privatrechts nicht der Ort ist,

um jede auch noch so unbedeutende Differenz auf dem Gebiete der Systematik und Geschichte zwischen Rechtslehrern auszufechten. Jedenfalls wäre ein größeres Maß hinsichtlich der Form der Polemik geboten gewesen. Daß der Verfasser (S. 133) das Verfahren eines geachteten Gelehrten als „unredlich" bezeichnet, verdient entschieden gerügt zu werden.

Der im Jahre 1880 erschienene zweite Band enthält u. E. einen unverkennbaren Fortschritt gegen den ersten. Der Verfasser bringt viel mehr Stoff. Er kann es sich zwar nicht versagen, die Lehre von den res mancipi und nec mancipi S. 20—30 darzustellen, obwohl er von dieser Gliederung der Rechtsobjekte selbst bemerkt (S. 25):

„Ganz beseitigt ist sie (erst) durch Justinian worden."

Dagegen bieten die §§ 45—53 über den Begriff und die Verschiedenheit der Sachen ein reiches Material und lassen kaum eine erhebliche Frage unerörtert. Am Besten hat uns der IV. Theil: „Die Rechte überhaupt" gefallen. Daß der Verfasser (§ 54, im Wesentlichen nach Ihering) den Nutzen für das „substanzielle", die Verfügung für das „formale" Moment des Rechts im subjektiven Sinne erklärt, halten wir nicht für zutreffend, und sind durch seine Ausführung von der Unrichtigkeit der herrschenden (Windscheid, Arndts 2c.) Ansicht nicht überzeugt. Bei vielen andern Erörterungen glauben wir dagegen, hat der Verfasser erheblich zur Klärung der Grundbegriffe des Rechts beigetragen. Wir verweisen beispielshalber auf den § 65 über die Wirklichkeit des erklärten Willens. Hier ist die Darstellung im Text lichtvoll und vollständiger als in den meisten Lehrbüchern. In den Exkursen wird eine Zahl von gangbaren Irrthümern mit Glück bekämpft. Ueberzeugend widerlegt der Verfasser das Erforderniß der Entschuldbarkeit des Irrthums. Wir rechnen ihm diese Erörterungen um so höher an, als er selbst sagt, daß für die im Text aufgestellten Sätze direkte Beweise aus den Quellen nicht zu erbringen sind (S. 329). Wenn er auf diesem Wege fortfährt und nicht alle Lehren, bei welchen die Quellen keine „genügende Auskunft" geben (vgl. oben), bei Seite läßt, sondern die Entwicklung von Rechtsgrundsätzen, welche für unser Rechtsleben von Bedeutung sind, „im Sinne der Rechtsquellen" nicht scheut, so zweifeln wir nicht, daß sein Werk zu dessen sonstigen Verdiensten auch dasjenige wird zählen können, als brauchbares Hülfsmittel bei der Rechtsanwendung zu dienen.

Rassow.

---

## 83.

**Transmission pendente condicione. Eine Untersuchung aus dem österreichischen Erbrechte von Dr. Emil Strohal, o. ö. Professor an der Universität Graz. Graz 1879. Verlag von Leuschner und Lubensky. K. K. Universitäts-Buchhandlung.**

Die Arbeit gehört zu denjenigen Spezialuntersuchungen, welche seit Ungers Privatrecht von der österreichischen Jurisprudenz unter Vergleichung des territorialen Rechts mit dem gemeinen so vielfältig vorgenommen sind. Sie liefert deshalb nicht bloß, wie der Titel vermuthen läßt, einen

Beitrag zur Entwicklung des österreichischen Rechtes, sondern wird auch von dem gemeinrechtlichen Juristen mit Interesse gelesen werden. Das österreichische Gesetzbuch fordert zum Erwerb der Erbschaft ausnahmslos den Antritt durch den Berufenen, analog dem römischen Recht. Es weicht jedoch von letzterem insofern ab, als es das Recht aus der Delation auf die Erben des Berufenen übergehen läßt. Nicht so klar sind die Vorschriften über den Erwerb von Vermächtnissen. Der Verfasser nimmt (mit Stubenrauch, Randa, Pfaff und Hofmann gegen Unger und Kirchstetter) an, daß der Anspruch aus dem Vermächtnisse dem Legatar im entscheidenden Zeitpunkte ohne Wissen und Willen erworben wird, jedoch unter der condicio juris der Nichtausschlagung, so daß also ein positives Wollen des Erwerbens nicht erforderlich ist. In Betreff bedingter letztwilliger Zuwendungen bestimmt § 703 des öst. G.B.:

> Zur Erwerbung eines unter einer aufschiebenden Bedingung zugedachten Nachlasses ist nothwendig, daß die bedachte Person die Erfüllung der Bedingung überlebe und bei dem Eintritt derselben erbfähig sei.

Das römische Recht, welches denselben Grundsatz hat, folgert daraus, daß das Recht desjenigen, welcher pendente condicione stirbt, auf seine Erben nicht transmittirt wird. Der Verfasser sucht dagegen für das österreichische Recht einen Unterschied zwischen condiciones facti und juris nachzuweisen. Bei ersteren läßt er die Transmission nicht zu, wohl aber bei letzteren. Seine speziell an das österreichische Recht sich anlehnenden Erörterungen dürften für unsere Leser kein besonderes Interesse haben. Wir begnügen uns deshalb mit dieser Anzeige der beachtenswerthen Schrift.

Rassow.

---

## 84.

**Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich und das Einführungsgesetz vom 31. Mai 1870, sowie die Ergänzungsgesetze vom 10. Dezember 1871 und 26. Februar 1876.** Nach amtlichen Quellen von Dr. Ernst Traugott Rubo, Stadtgerichtsrath und Schriftführer der Bundes-Kommission für das Strafgesetzbuch, Professor an der Universität Berlin. Berlin. Carl Heymann's Verlag. 1879.

Das Erscheinen dieses Werkes hat sich lange verzögert. Den Grund davon bildeten, wie in der Widmung an den jetzigen Chef der preußischen Justizverwaltung, Staatsminister Dr. Friedberg bemerkt ist, mit der amtlichen Stellung des Verfassers zusammenhängende Hindernisse. Dem Kommentar zum Strafgesetzbuch geht eine recht umfangreiche Einleitung voran. Der Verfasser giebt zunächst eine geschichtliche Entwickelung des Strafgesetzbuches und knüpft daran allgemeine Erörterungen über den Inhalt, namentlich das System und den Karakter desselben in staatsrechtlicher und in strafrechtlicher Hinsicht, sowie über das Verhältniß des Reichsstrafrechts zum Landesstrafrecht, und über Auslegung und Anwendung des Strafgesetzbuches. Hierauf werden das Gesetz vom 15. Mai 1871 und das Einführungsgesetz zum St.G.B. näher erläutert. Es war unsere Absicht, das

vorliegende Werk einer genauern Besprechung zu unterziehen. Verschiedene Gründe, namentlich der Mangel an Raum für strafrechtliche Erörterungen sind unserm Plane jedoch entgegengetreten. Wir beschränken uns deshalb darauf, aus der Anzeige der Verlagshandlung mitzutheilen, daß der Verfasser vorzugsweise Gewicht darauf gelegt hat, einen reichsrechtlichen Kommentar zu schreiben, und den Grundsatz, daß das Reichsrecht dem Landesrecht vorgeht, strenge durchzuführen. Wenn in der Anzeige weiter als Vorzug bezeichnet wird, daß der Verfasser seine Ansichten stets nur mit Angabe von Gründen aufstellt, so dürfte dieser Vorzug auch bei sonstigen Kommentaren anzutreffen sein. Ob die Gründe des Verfassers den Leser überzeugen, halten wir bei einer Reihe von Fragen allerdings für bedenklich.

Rassow.

---

85.

**Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.** Von Dr. Justus Olshausen, Richter am Königl. Landgericht I zu Berlin, z. Z. Schriftführer der Immediat-Kommission behufs Fertigung eines Entwurfs zu einer Militär-Strafprozeßordnung. Zweite Lieferung. Berlin 1880. Verlag von Franz Vahlen.

Wir haben im XXIII. Bande der Beiträge (S. 930) das Erscheinen der ersten Lieferung dieses Kommentars angezeigt. Unser günstiges Urtheil über denselben wird, wie die der zweiten Lieferung vorgedruckte Anzeige der Verlagshandlung ersehen läßt, auch von anderen Seiten getheilt. Als Beweis dafür, daß dem Werke in den sachkundigsten Kreisen volle Anerkennung gezollt wird, darf wohl der Umstand gelten, daß dem Verfasser, wie er selbst im Vorworte sagt, vergönnt ist, seine Arbeit dem Präsidenten des Reichsgerichts Dr. Simson zu widmen.

Die jetzt vorliegende zweite Lieferung umfaßt die §§ 59 (Schluß) bis 145 des Strafgesetzbuchs, enthält also aus dem allgemeinen Theile die Lehre von den Antragsdelikten, von der Verjährung und von dem Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen, sowie aus dem speziellen Theile die ersten 7 Abschnitte, welche sich auf politische Vergehen und Verbrechen beziehen. Wir erkennen gern an, daß der Verfasser diese zweite Lieferung mit derselben Sorgfalt, welche die erste kennzeichnete, fortgesetzt hat. Zu den früher benutzten Rechtsquellen sind jetzt auch die Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen hinzugetreten. Wir haben bereits bei der Besprechung der ersten Lieferung darauf hingewiesen, daß der Verfasser überall bemüht ist, den Einfluß der Strafprozeßordnung auf das materielle Strafrecht klar zu legen. Es liegt hierin ein Vorzug, welchen der Olshausen'sche Kommentar vor allen früher erschienenen besitzt, und welcher das „kühne Unternehmen", wie die Arbeit des Verfassers mehrfach bezeichnet ist, schon allein rechtfertigt. In welchem Umfange jener Einfluß sich äußert, möge ein Beispiel zeigen. Beim § 61 St.G.B. wurde nach den Motiven als selbstverständlich vorausgesetzt, daß der Strafantrag bei der zuständigen Behörde oder deren Organen gestellt werde, und nach der kon-

stanten Praxis (Berlin, München) genügte auch ein mündlicher Antrag. In beiden Beziehungen sind, wie der Verfasser S. 266—268 näher begründet, durch § 156 St.P.O. wesentliche Aenderungen eingetreten. Die mündliche Form ist nicht mehr ausreichend. Dagegen wird die örtliche oder sachliche Zuständigkeit der Behörde, an welche der Antrag ergeht, zur Verfolgung der betreffenden Handlung nicht mehr erfordert. Es kann deshalb bei dem Amtsanwalt des preußischen Amtsgerichts A. ein gültiger Strafantrag wegen eines zur örtlichen Zuständigkeit des bayerischen Landgerichts B. gehörigen Verbrechens aus § 179 St.G.B. gestellt werden. — Die Zahl der Beispiele, in welchen die St.P.O. von einschneidender Bedeutung für die Anwendung des Strafgesetzbuchs ist, ließe sich leicht vermehren.

Mit großem Interesse haben wir die Erörterungen des Verfassers über das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen (S. 316 ff.) gelesen; wenn wir auch nicht glauben, daß die dornige Lehre von der idealen und realen Konkurrenz dadurch zum Abschluß gebracht wird. Auf den Begriff der selbständigen Handlung hätte u. E. der Verfasser noch schärfer, als geschehen, eingehen können. Seine Ansicht, daß das fortgesetzte Verbrechen nach dem St.G.B. an sich möglich sei, theilen wir. Ob aber seine Definition desselben genügt, dürfte zweifelhaft sein. —

Mit der jetzt vorliegenden zweiten Lieferung schließt der erste Band des Kommentars ab, dem sich der zweite mit fortlaufender Seitenzahl anreihen soll. Rassow.

---

## 86.

**Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen.** Von Dr. Ludwig Cohn. Bd. I. Begriff und Umfang. Breslau, Verlag von Wilhelm Köbner. 1880. VIII u. 699 Seiten.

Die Beschränktheit des dieser Besprechung zugemessenen Raumes zwingt mich dazu, lediglich den Grundgedanken, von dem der Verfasser dieses umfangreich angelegten Buches ausgeht, ins Auge zu fassen. Ich muß es mir demnach versagen, mich an dieser Stelle über die von dem Herrn Verfasser an seinen Vorgängern geübte Kritik zu äußern, und will nur hervorheben, daß nahezu die Hälfte dieses ersten Bandes den Nachweis der Unhaltbarkeit des heutzutage in Gesetzgebung und Doktrin herrschenden Versuchsbegriffes zum Gegenstande hat. Indem C. denselben für durchaus suspekt hält und darauf hinweist, wie sich in dieser Lehre Kontroverse an Kontroverse reiht, findet er den Sitz des Uebels darin, daß man sich der Ansicht der Glossatoren und italienischen Praktiker über das Wesen des Versuchs angeschlossen und die bloße voluntas sceleris fälschlich mit dem conatus delinquendi identifizirt habe. Bringe auch jeder Versuch eine Willensbethätigung zur Erscheinung, so sei darum noch nicht jede Willensbethätigung, die sich einem verbrecherischen Ziele zuwende, ein Versuch. Heilung für alle Schäden glaubt nun der Herr Verfasser an der Hand einer von ihm aufgestellten Kausalitätstheorie bieten zu können. Wir hätten

nämlich, so wird gelehrt, zwischen der Ursache und dem Grunde einer Veränderung zu unterscheiden. Die Ursache schaffe die Veränderung, der Grund ermögliche aber nur ihren Eintritt. Der Satz causa causae est causa causati sei schlechterdings zu verwerfen; denn er führe u. A. zu dem sinnlosen (sic!) Resultate, den Tod eines Menschen auf 2 Ursachen zurückzuführen. Beim Verbrechen der Tödtung komme es nicht auf das Verhältniß von Ursache und Wirkung, sondern auf das von Grund und Folge an. So sei die Handlung Desjenigen, der den Käfig eines wilden Thieres öffne, damit dasselbe einen Menschen zerfleische, nur ein Grund, keineswegs aber die Ursache des eingetretenen Todes dieses Menschen. Durch diese Theorie gelangt C. nun dahin, die Grenzen des Versuchsgebietes folgendermaßen abzustecken: Die Verbrechen, bei welchen sich die verbrecherische That zum vollendeten Delikt niemals wie Grund zur Folge verhalten könne, sollen den Versuch bedingungslos zurückweisen. Diejenigen, bei welchen sich die verbrecherische That zum vollendeten Delikt dagegen stets wie Grund zur Folge verhalten müsse, ließen ihn bedingungslos zu; während endlich diejenigen Verbrechen, bei denen sich die verbrecherische That zum vollendeten Delikt wie Grund zur Folge verhalten könne, den Versuch bald zuließen, bald aber zurückwiesen. Ich glaube nun nicht, daß diese Theorie, welche den Begriff des Kausalzusammenhanges völlig sprengt, entfernt die Schwierigkeiten zu bemeistern vermag, die sie zu lösen vorgiebt; vielmehr scheint mir, daß auch sie den Einwänden erliegt, die bisher den objektiven Versuchstheorien gegenüber erhoben sind; der Verfasser mag sich auch noch so sehr bemüht haben, eine von letzteren verschiedene Unterlage zu schaffen. Gleich den objektiven Theorien vermag uns auch die Cohn'sche Formel, der ein ganz willkürlicher Ursachenbegriff zu Grunde liegt, in jedem Einzelfall schließlich nur durch einen bloßen Machtspruch aus allen Schwierigkeiten zu befreien. Soll nämlich das von C. eingeführte Verhältniß von Grund zur Folge den Spielraum gewähren, auf dem wir der Erscheinung des verbrecherischen Versuches begegnen können, so fehlt im Einzelfalle jeder sichere Maßstab dafür, nach welchem die Entscheidung, ob das Versuchsgebiet betreten sei oder nicht, getroffen werden könnte. Bewegt sich doch, wie C. ganz richtig zugiebt, die Frage, ob der Eintritt einer Veränderung möglicher Weise aus einer Handlung hervorgehen könne, diese also als Grund im C.'schen Sinne zu betrachten sei, auf dem Gebiete der Abstraktion. Würde man sich also im Einzelfalle stets vollständig auf den Boden der objektiven Wirklichkeit stellen, so erschiene der Erfolgseintritt entweder als nothwendig oder als unmöglich. Nur bei nicht völliger Durchdringung der Wirklichkeit, beim Absehen von derselben und sobald bloß gedachte Faktoren in die wirklich gewordenen Thatsachen hineingemischt werden, gelangt der Begriff der Möglichkeit zur Geburt. Um aber mit ihm in der Versuchslehre zu operiren, gebricht es vor Allem an jedem Halte, wann und wieweit wir zu dieser bloßen Verstandesoperation greifen dürfen. Diesen Mangel glaubt nun der Herr Verfasser durch die Behauptung decken zu können, er sei weit davon entfernt, eine unzulässige Abstraktion vorzunehmen, würdige vielmehr die verbrecherische That in ihrer

ganzen Totalität. Thäte aber C. wirklich Letzteres, so würde er seiner Theorie zufolge niemals zur Annahme eines Verbrechensversuches gelangen können; denn bei Prüfung der verbrecherischen That in ihrer Totalität, d. h. also doch in ihrer Eigenschaft als Glied des wirklichen Kausalverlaufes, würde sich jedes Mal auch ergeben, daß sie den zum konsummatum erforderlichen Erfolg unmöglich herbeiführen konnte. Betrachten wir eines von den Beispielen, an denen C. seine Theorie zu erproben sucht. In Bezug genommen wird der in der Lehre vom Versuch mit untauglichen Mitteln so viel ventilirte Fall, in dem es sich um die Beurtheilung eines aus zu großer Distanze abgefeuerten Pistolenschusses handelt. Hier habe man sich weder die Frage vorzulegen, ob eine Pistole ein Mittel zur Tödtung eines Menschen sei, noch die, ob A. mit seiner Pistole in der gegebenen Distanze den B. tödten konnte, sondern lediglich, ob ein Pistolenschuß in einer Entfernung, gleich der gegebenen, eine Todesursache eines menschlichen Wesens hervorzurufen geeignet sei. Werde die Frage bejaht, so sei damit ausgedrückt, daß die That des A. in ihrer Beziehung zu dem beabsichtigten Erfolge dem abstrakten Verhältniß von Grund und Folge entspreche, und sei alsdann Mordversuch anzunehmen. Ihre Verneinung schließe letzteren hingegen aus. Lediglich durch solche Fragstellung werde eruirt, ob der That der Karakter der potentiellen Kausalität innewohne, die nach Cohn's Ansicht das Wesen des Versuchs ausmacht. Warum aber, wenn der Verfasser das Dasein des Verhältnisses von Grund und Folge bei dem aus einer Entfernung von 10 Schritten schießenden, sein Ziel aber verfehlenden Thäter bejahen würde, ein Anderer in dem gleichen Falle nicht zu dem entgegengesetzten Resultate kommen dürfte, indem er etwa fragen würde: kann ein Pistolenschuß einen Menschen tödten bei der durch den konkreten Fall gegebenen Richtung des Pistolenlaufs und Stellung des zu tödtenden Menschen, ist schwer einzusehen. Ich wüßte wenigstens nicht, aus welchem Grunde C., der doch die verbrecherische That in ihrer Totalität würdigen zu wollen vorgiebt, diese Frage zurückzuweisen berechtigt wäre. Die sog. potentielle Kausalität erweist sich aber als durchaus unfruchtbar, da sie Nichts ist, als eine bloß gedachte Kausalität. Mir aber eine nicht kausale Handlung als Erfolg bewirkend zu denken, daran kann mich Niemand hindern, so wenig wie ich mit Jemandem darüber rechten darf, wenn seine Phantasie nicht so weit reicht. Ich sehe hierbei noch ganz davon ab, daß sich diese potentielle Kausalität als ein durchaus widerspruchsvoller — die abstrakte Sphäre mit der konkreten vermischender — Begriff darstellt.

Dürfen wir uns demnach der in dieser Arbeit ausgesprochenen Grundansicht in keiner Weise zustimmig erklären, so muß doch das bedeutende Maß von Fleiß hervorgehoben werden, welches hier verwendet worden ist. Die Belesenheit des Herrn Verfassers erscheint als eine ungewöhnliche. Sehen wir von manchen Wiederholungen und einer nicht stets vermiedenen Breite der Darstellung ab, so kann die Lektüre des Buches auch als anregend empfohlen werden, insofern der Herr Verfasser in ungezwungener

Weise die bedeutsamsten Fragen des Strafrechts in den Kreis seiner Untersuchungen zu ziehen versteht.

Dr. Eduard Hertz.

---

87.

**Handausgabe deutscher Reichsgesetze. 15. Band. Das Wuchergesetz.** Mit Erläuterungen auf Grund der Motive, der Kommissionsberichte und der Reichstagsverhandlungen, herausgegeben von Dr. jur. Carl Reinwald, Amtsrichter. Leipzig. Druck und Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung. 1880.

Der Verfasser hat den Text des Gesetzes vom 24. Mai 1880, die Motive der Regierungsvorlage und den Bericht der XII. Kommission des Reichstages abgedruckt und hierauf einen Kommentar des Gesetzes folgen lassen, bei welchem das reiche Material der Reichstagsverhandlungen in zweckmäßiger Weise verwerthet ist. Wir glauben, die kleine Schrift der Beachtung unserer Berufsgenossen empfehlen zu können. Rassow.

---

88.

**Das Feld- und Forst-Polizeigesetz vom 1. April 1880.** Mit Erläuterungen von Dr. P. Daube, Staatsanwalt am Oberlandesgericht Marienwerder. Zweiter Abdruck. Berlin 1880. Verlag von H. W. Müller.

Dieser Kommentar des Feld- und Forst-Polizeigesetzes ist u. E. namentlich den praktischen Juristen, sowie den Amtsanwälten und den mit Handhabung der Feld- und Forst-Polizei betrauten Beamten als brauchbares Hülfsbuch zu empfehlen. In demselben sind die Materialien aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes mitgetheilt und viele treffende Bemerkungen des Verfassers hinzugefügt. Auch die Judikatur, namentlich des früheren preuß. Ober-Tribunals wird berücksichtigt. In letzterer Beziehung hätte noch etwas mehr Vorsicht angewendet werden können. Für zweckmäßig halten wir, daß der Verfasser im Anhange das Gesetz vom 14. Mai 1852 nebst dem dazu erlassenen Reglement und der Ministerial-Bekanntmachung vom 15. September 1879 hat abdrucken lassen. Rassow.

---

89.

**Strafrechtsfälle.** Zum akademischen Gebrauch gesammelt und herausgegeben von Dr. Adolf Dochow, ord. Professor der Rechte zu Halle. Zweite umgearbeitete Auflage. Jena. Verlag von Gustav Fischer (vorm. Friedrich Mauke). 1880.

Der Verfasser hat vorzugsweise aus der preußischen Praxis 180 Strafrechtsfälle zusammen gestellt. Da dieselben Lehrzwecken (namentlich bei Abhaltung des Seminars) dienen sollen, erscheint eine nähere Besprechung der Sammlung in dieser Zeitschrift nicht geboten. Rassow.

---

## 90.

**Strafrecht und Strafprozeß.** Eine Sammlung der wichtigsten das Strafrecht und das Strafverfahren betreffenden Gesetze. Zum Handgebrauch für den preußischen Praktiker erläutert und herausgegeben von A. Dalcke, Ober-Staatsanwalt. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin 1880. Verlag von H. W. Müller.

Der Verfasser hat sein Handbuch, dessen erste Auflage wir in diesen Beiträgen Bd. XXIII. S. 930 angezeigt haben, in zweiter Auflage erscheinen lassen. Abgesehen von einigen Aenderungen in der Anordnung sind mehrere ältere und die neuerdings erschienenen Strafgesetze den früher zusammen gestellten Gesetzen hinzugefügt. Ueber die Brauchbarkeit des Buches verweisen wir auf unsere Bemerkungen zu der ersten Auflage. Rassow.

---

## 91.

**Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich.** Unter Benutzung der Materialien sowie mit Vergleichung anderer Gesetzgebungen nebst Doktrin und Praxis erläutert von Dr. E. S. Puchelt, Reichsgerichtsrath. Siebente Lieferung. Leipzig, Druck und Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung. 1880.

Ueber das Erscheinen der ersten 6 Lieferungen des Puchelt'schen Kommentars ist in diesen Beiträgen Bd. XXIII. S. 928 und XXIV. S. 626 berichtet. Die jetzt vorliegende siebente Lieferung reicht von §§ 368—408 St.P.O., enthält also den Schluß der Lehre von der Berufung, ferner den ganzen vierten Abschnitt des III. Buches betreffend die Revision und einen Theil des IV. Buches von der Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenen Verfahrens. Die größte Bedeutung hat hiervon die Darstellung des Rechtsmittels der Revision. Dem Reichsgericht sind schon seit Anfang dieses Jahres nach der St.P.O. zu behandelnde Revisionen in immer steigender Zahl zugegangen. In den darauf erlassenen Urtheilen ist eine Reihe von Kontroversen bereits entschieden. Der Verfasser befindet sich in der günstigen Lage, diese Rechtsquelle vollauf benutzen zu können. Er berücksichtigt in seinem Kommentar die Praxis des Reichsgerichts viel ausgiebiger, als es denjenigen möglich ist, welche nur aus veröffentlichten Erkenntnissen schöpfen. Dieser Umstand erhöht die Brauchbarkeit des Kommentares bedeutend. Da die Gestaltung des Rechtsmittels der Revision wesentlich in der Hand des Reichsgerichts liegt, so werden Anwälte und Parteien bei der Durchführung desselben die Kenntniß der reichsgerichtlichen Praxis kaum entbehren können. Aber auch für den Richter, dessen Entscheidung durch die Revision angefochten wird, hat es großes Interesse, die Grundsätze zu erfahren, von welchen der höchste Gerichtshof bei der Entscheidung über die Beschwerden ausgeht. Wir sind deshalb überzeugt, daß die Verbreitung des Puchelt'schen Kommentars nach dem Bekanntwerden dieser siebenten Lieferung sich erheblich steigern wird. Rassow.

---

92.

**Der Reichsstrafprozeß.** Von Dr. Adolf Dochow, ord. Professor der Rechte in Halle. Dritte verbesserte und vermehrte Auflage. Berlin und Leipzig. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1880.

Der von uns beim Erscheinen der ersten Auflage dieses Buches ausgesprochene Wunsch (Beiträge Bd. XXIII. S. 926), daß der Verfasser seine Darstellung des Strafprozesses weiter ausdehnen und namentlich die Literatur mehr berücksichtigen möge, ist wenigstens theilweise in Erfüllung gegangen. Es könnte jedoch u. E. dem Werke nur vortheilhaft sein, wenn der Verfasser auf diesem Wege noch weiter vorgehen wollte. Bei einer neuen Auflage dürfte vor Allem die Judikatur mehr zu verwerthen sein.

Rassow.

---

93.

a) **Handbuch für Amtsanwälte mit der Geschäftsanweisung vom 29. August 1879 und Ergänzungen und Erläuterungen,**
b) **Handbuch für Schöffen, I. und II. Theil,**
c) **Handbuch für Geschworene,**
d) **Handbuch für Schiedsmänner,** sämmtlich herausgegeben von Dr. Gustav Eberty, Stadtgerichtsrath z. D., Mitglied des Hauses der Abgeordneten, im Verlage von Aug. Gemeinhardt, Strehlen 1880 (ad d 1879).

Der Verfasser will durch diese Handbücher dem rechtsunkundigen Laien, welcher zum Geschworenen, Schöffen, Amtsanwalt oder Schiedsmann berufen wird, eine Uebersicht derjenigen gesetzlichen Bestimmungen geben, welche bei Verwaltung des ihnen übertragenen Amtes vorzugsweise zur Anwendung gelangen. Unsere neuere Literatur ist an ähnlichen Zusammenstellungen überreich. Ob aber dadurch die gewiß wohlgemeinte Absicht der Verfasser, das Studium der Gesetze selbst überflüssig zu machen, erreicht wird, dürfte Bedenken unterliegen. Die Handbücher dienen allerdings dazu, das Aufsuchen einzelner Vorschriften zu erleichtern. Einen weiteren Nutzen derselben halten wir für problematisch. Ist es schon für den geschulten Juristen kaum möglich, sich aus einzelnen, bruchstückweise zusammen gestellten Gesetzesparagraphen ein klares Bild eines speziellen Rechtsinstituts zu schaffen, so tritt die Schwierigkeit bei dem Laien, welchem die Kenntniß des Rechtssystems oder der Gerichtsverfassung im Ganzen fehlt, noch stärker hervor. Für diesen werden die Erläuterungen der herausgerissenen Gesetzesstellen, wenn sie sich nicht auf allgemeine Redensarten beschränken, nothwendig unverständlich bleiben. Das Studium der Rechtswissenschaft erfordert die ganze Manneskraft, und alle Versuche, durch populäre Umschreibungen den Laien auch ohne ernste Arbeit zum Rechtsverständigen zu machen, fördern nur jene Halbwisserei, welche für unsere Rechtsprechung die größten Nachtheile mit sich bringt. Wir halten für zweckmäßiger, wenn der vorsitzende Richter im gegebenen Falle die Schöffen über Sinn und Bedeutung des anzuwendenden Gesetzes instruirt, als wenn diese sich auf

Grund von Handbüchern befähigt halten, auch ohne den richterlichen Beirath das Recht zu finden.

Der Verfasser der oben gedachten 4 Handbücher ist anderer Ansicht. In wiefern die politischen Motive, welche er für die Heranziehung des Laienelementes zum Richteramt verwerthet, von Bedeutung sind, lassen wir unerörtert. Ob er im Uebrigen seinen Zweck, einen zuverlässigen Führer zu liefern, erreicht hat, wird der Leser, wenn wir nur eines der Handbücher — das für die Schiedsmänner geschriebene — näher betrachten, selbst entscheiden.

Das Vorwort zu letzterem verspricht, in der Einleitung den innern Zusammenhang des Schiedsmannswesens mit der neuen Prozeßordnung, insbesondere mit dem darin weiter ausgebildeten Laienelemente darzustellen. Die Einleitung erwähnt zunächst das Zustandekommen der Reichsprozeßgesetze und schließt daran die hochtönenden Worte:

> Während durch die politische Einheit nur die Machtstellung des Reichs nach Außen gewahrt wird, durchdringt im Hinblick auf die einheitliche Gerichtsverfassung und das einheitliche Prozeßverfahren die Deutschen das erhebende Bewußtsein, daß sie Bürger einer großen Verbrüderung für Freiheit und Recht sind, daß ihnen die Herstellung des Rechtsstaats, des Reichs des Friedens auf Erden, anvertraut ist.

Der Verfasser sagt hierauf, er wolle zu den Quellen zurückkehren, aus welchen seit Jahrhunderten das Recht geschöpft wurde. Er widmet 9 Reihen dem römischen und kanonischen Recht und schließt hieran die hinsichtlich der Zeit der Rezeption dieser Rechte in Deutschland überraschende Mittheilung:

> In den durch die religiösen Wirren herbeigeführten Zeiten des Verfalls des deutschen Reichs verdrängten auch bei uns römisches und kanonisches Recht die volksthümlichen Einrichtungen der Rechtspflege. Als aber der Tag der deutschen Einheit und Freiheit anbrach, dachte man an den Nibelungenhort des Volksrechts zurück.

Es folgen einige Notizen über Schwurgerichte, Schöffengerichte, Handelskammern und Gewerbegerichte. Als allgemeinen Zweck dieser Institute bezeichnet der Verfasser (S. 6) folgenden:

> Bei allen diesen die Mitwirkung des Volkes bedingenden Einrichtungen kommt es nicht lediglich auf die Befestigung des Gesetzes, auf die Gesetzlichkeit, nicht schlechthin auf das abstrakte Recht an. Eine hohe Idee ist hier die Führerin: die Idee der Gerechtigkeit.

Wir meinen, daß Geschworene und Schöffen, wenn sie diese Mahnung befolgen, sehr leicht zu einer mißverständlichen Auffassung über ihre Amtspflichten gelangen können. Es wäre richtiger gewesen, dem Laien, welchem das Gesetz die Ausübung richterlicher Pflichten überträgt, als erste und unverbrüchlichste Regel vorzuhalten, daß er sich strenge an das Gesetz binden und sich nicht von vagen Gerechtigkeitsideen zu ungesetzlichen Urtheilen verleiten lassen solle.

Hierauf kommt der Verfasser zu den Schiedsmännern. Die Idee des dem Prozesse vorausgehenden Sühneversuchs rechnet er zu den „tiefen

Gedanken, welche an dem verheißungsvollen Morgen der französischen Revolution die Gemüther der Menschen bewegten." Er giebt über die Wirksamkeit der Schiedsmänner theils nach Schering's Handbuch, theils nach dem Berliner städtischen Jahrbuch einige statistische Notizen. Denn bei der Statistik „treten positive Ergebnisse an die Stelle hohler Theorien." Den Schluß der Einleitung bilden einige Bemerkungen über den Wahlmodus der Schiedsmänner. Seite 15—33 ist der Text der Schiedsmannsordnung abgedruckt, Seite 34—81 der Kommentar zu derselben gegeben. Letzterer enthält im Wesentlichen die Motive der Regierungsvorlage und die Kammerverhandlungen. Eigenen Bemerkungen des Verfassers begegnen wir nur selten. Weshalb der Kommentar nicht den einzelnen Gesetzesparagraphen angereiht ist, vermögen wir nicht einzusehen. Zweckmäßig dürfte es auch gewesen sein, das Datum des Gesetzes, 29. März 1879, anzugeben, was, soweit wir absehen können, nirgends geschehen ist. Noch weniger verstehen wir, weshalb der Abdruck der verschiedenen Ausführungsverfügungen der Minister des Innern und der Justiz unterblieben ist. Die praktische Brauchbarkeit des Buches wird durch diesen Mangel sehr gefährdet. Ueberhaupt könnte man fragen, wozu es nöthig war, nachdem Florschütz in zweckmäßiger und umfassender Weise das Material zum Verständniß und zur Anwendung der Schiedsmannsordnung zusammengestellt hat (siehe S. 140 dieses Bandes der Beiträge), für dieses Gesetz noch ein zweites Handbuch zu schreiben. Rassow.

---

## 94.

**Die Thätigkeit der Polizei in Strafsachen.** Auf Grund der Reichs-Justizgesetze und des preuß. Landrechts für Bürgermeister, Amtsvorsteher, Gutsvorsteher, Gemeindevorsteher und andere Polizeibeamte dargestellt von Genzmer, Staatsanwaltsgehülfe. Berlin. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1879.

Der Verfasser giebt zunächst einen allgemeinen Umriß über die Aufgabe der Sicherheitspolizei und die Stellung derselben gegenüber den Justizbehörden, namentlich der Staatsanwaltschaft, erörtert dann die Thätigkeit der Polizei bei Erforschung strafbarer Handlungen (Anzeigen, Ermittlungen, Durchsuchung, Beschlagnahme, Festnahme) und stellt endlich die Gesetze über polizeiliche Strafverfügungen bei Uebertretungen zusammen. Das Buch ist kurz und sachkundig geschrieben. Wir können es den Kreisen, für welche der Verfasser es bestimmt hat, bestens empfehlen. Der Polizeibeamte wird in vielen zweifelhaften Fällen Belehrung daraus schöpfen.

Rassow.

---

## 95.

## Text-Ausgaben.

1. **Gebühren-Ordnung für Rechtsanwälte.** Textausgabe mit Anmerkungen, Kostentabellen und Sachregister von R. Sydow, Landrichter in Halle a. d. S. Berlin und Leipzig. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 1880.
2. **Gesetz betreffend die vorläufige Straffestsetzung wegen Uebertretungen rc. nach Maßgabe der neueren Gesetzgebung insbesondere der Reichsjustizgesetze.** Zusammengestellt zum Gebrauch für Polizei- und Verwaltungsbeamte rc. von C. Ebert, Gerichts-Aktuar I. Klasse und Kgl. Polizei-Anwalt a. D. in Braunsberg. Berlin, Carl Heymann's Verlag. 1880.

---

## 96.

**Preußischer Gesetz-Codex.** Ein authentischer Abdruck der in der Gesetzsammlung für die Kgl. Preuß. Staaten von 1806 bis auf die neueste Zeit enthaltenen Gesetze, Verordnungen, Kabinetsorders, Erlasse rc. In chronologischer Ordnung mit Rücksicht auf ihre noch jetzige Gültigkeit und praktische Bedeutung zusammengestellt von Paul Stöpel, Kgl. Justiz-Rath. Supplement VII 1876—1877 mit Register.
Frankfurt a. O. Kgl. Hofbuchdruckerei Trowitzsch und Sohn. 1880.

Einer Empfehlung oder Beschreibung der Einrichtung dieses Werkes bedarf es nicht, da die früheren Lieferungen desselben in den juristischen Kreisen allgemein bekannt und geschätzt sind, der gegenwärtige Supplementband aber nach den früheren Grundsätzen redigirt und eingerichtet ist. Nur darauf mag hingewiesen werden, daß das Buch nicht nur, wie der Titel besagt, den in der preußischen Gesetz-Sammlung, sondern auch den in dem Reichs-Gesetzblatt enthaltenen Gesetzesstoff, u. A. also auch die großen deutschen Justizgesetze, bringt. Küntzel.

---

## 97.

## Uebersicht rechtswissenschaftlicher Zeitschriften.

**Archiv für civilistische Praxis,** herausgegeben von Bülow, Degenkolb, Franklin, Mandry, Professoren der Tübinger Juristenfakultät. 62. Band. (N. F. 12. Band). Tübingen und Leipzig. Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (H. Laupp'sche Buchhandlung) 1879.

Drittes Heft.

v. Roth, über Begriff und Bedeutung des deutschen Privatrechts.
Wach, das Prinzip des gewillkürten Gerichtsstandes.
Drechsler, über die Begriffe „Civilprozeß" und „Rechtsstreit" und ihr Verhältniß in den sog. Reichs-Justizgesetzen.
Scharlach, das jus singulare im römischen Recht.

Francke, verkürzte Gläubiger und spätere Besitzer der Verkürzung halber veräußerten Sachen.

63. Band. 1880. Erstes bis drittes Heft.

Mandry, zur Lehre vom Besitzeswillen.
Eisele, zur Lehre vom Miteigenthum.
Windscheid, Wille und Willenserklärung.
Hölder, über die Anwendung der Verpfändung auf servitutes urbanae.
Schwalbach, Wiederaufnahme des Verfahrens und Urtheilsnichtigkeit nach der Civilprozeßordnung.
Degenkolb, die Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts.
Regelsberger, zwei Beiträge zur Lehre von der Cession.
Schloßmann, nochmals l. 5 § 10 D. de instit. act. 14, 3.
Fitting, zur Lehre vom sog. vereinbarten Gerichtsstande nach der Reichscivilprozeßordnung.
Wendt, Beweis und Beweismittel.
Brinz, nemo errans rem suam amittit und l. 49 mandati.
Krüger, wann hat derjenige, dessen Sache beim letzten Besitzer untergegangen oder von demselben usukapirt worden, gegen denjenigen, der sie dem letzteren bona fide verkauft hat, einen Anspruch auf den Kaufpreis?
Schwalbach, die Prozeßvoraussetzungen im Reichscivilprozeß.
Altvater, über den Kostenpunkt bei Beschwerde-Entscheidungen nach der Civilprozeßordnung.
Huschke, kritische Versuche über streitige Pandektenstellen und Pandektenmaterien.

---

**Entscheidungen des Bundesamtes für das Heimathwesen.** Bearbeitet und herausgegeben von Wohlers, Geh. Ober-Regierungsrath, Mitglied des Bundesamtes für das Heimathwesen. Berlin 1880. Verlag von Franz Vahlen.

Heft XI. enthaltend die seit dem 1. Januar 1879 bis zum 31. Dezember 1879 ergangenen wichtigeren Entscheidungen, mit einem die 11 Hefte umfassenden alphabetischen Sachregister.

---

**Zeitschrift für Bergrecht.** Redigirt und herausgegeben von Dr. jur. H. Brassert, Berghauptmann und Oberbergamts-Direktor zu Bonn. Berlin bei Adolph Marcus.

20. Jahrgang 1879. Drittes und viertes Heft.

Abhandlungen:

Das gewerkschaftliche Schuldenwesen. Ein legislatorischer Beitrag von Dr. J. Baron, Professor der Rechte zu Berlin.
Die Organisationsgesetze der innern Verwaltung und ihre Beziehungen zum Bergwesen in Preußen, von Dr. Adolph Arndt, Kreisrichter und Justiziar am Oberbergamt zu Halle.
Ein Redaktionsfehler in der Gewerbeordnungs-Novelle vom 17. Juli 1878, von Dr. J. Baron, Professor der Rechte zu Berlin.

Die Bedeutung der Gewerbe-Novelle vom 17. Juli 1878 für das Bergwesen. Für die Zeitschrift zusammengestellt von dem Bergassessor von Velsen zu Bonn.

Zur Bruderlagenfrage, von Dr. Gustav Schneider, Advokaten in Teplitz.

21. Jahrgang 1880. Erstes bis drittes Heft.

Bemerkungen über die Freiburger Bergwerksverfassung im 12. und 13. Jahrhundert.

Bergrechtliche Grundsätze der preußischen und anderer deutscher Bergbehörden und Gerichtshöfe, bearbeitet und zusammengestellt von Brassert.

Das Recht der Bergstädte des Oberharzes auf Freikuxe, von dem Geh. Bergrath Wilhelm Osthaus.

Rechtsgeschichte der Saline Sooden bei Allendorf an der Werra, von dem Oberbergrath Engels zu Clausthal.

Die polizeiliche Ueberwachung der Steinbrüche und Gräbereien, insbesondere im Königreich Sachsen, von Dr. Leuthold, Bergamtsrath und Professor in Freiburg.

Die Herausgabe der beim Hülfsbau im fremden Felde gewonnenen Mineralien (§ 63 des Berggesetzes). Von dem Geh. Bergrath Dr. Klostermann zu Bonn.

Der gewerkschaftliche Bergbau des Oberharzes, seine geschichtliche Entwicklung und sein Ende. Von dem Oberbergrath Lochmeyer zu Clausthal.

Miszellen aus der preußischen Oberlausitz. Von dem Bergrath Schmidt-Reder zu Görlitz.

Austritt der Betreiber und Arbeiter von Hüttenwerken aus einem Knappschaftsvereine. Von dem Rechtsanwalt Maas zu Aachen.

Im Uebrigen enthalten sämmtliche Hefte Mittheilungen über die Berggesetzgebung und die Entscheidungen der Gerichtshöfe und Verwaltungsbehörden in Bergsachen.

---

**Archiv für gemeines deutsches und für preußisches Strafrecht.** Begründet durch Dr. Goltdammer, Kgl. Ober-Tribunalsrath. Fortgesetzt durch C. Hahn, Geh. Ober-Justizrath, Senats-Präsident des Kammergerichts. Berlin. R. v. Decker's Verlag. Marquardt und Schenk.*)

Band 27. Viertes bis sechstes Heft nebst Supplementheft.

Der neue niederländische Strafgesetzentwurf (Erstes Buch), von Prof. Dr. S. Mayer in Wien.

Sind die Brandschulzen Agenten von Feuerversicherungsgesellschaften?

Zur Lehre von der Anzeigepflicht des deutschen Reichs-Strafgesetzbuchs, von Dr. Wolff in Göttingen.

Materialien zu dem Reichsgesetz betreffend den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen vom 14. Mai 1879.

---

*) Durch ein Versehen ist in der Uebersicht Bd. 23 S. 963 dieser Beiträge der Inhalt des vierten bis sechsten Heftes des Bandes 26 des Hahn'schen Archivs als zum 27. Band gehörig angezeigt.

Zur Wucherfrage, vom Landgerichtsrath Ortmann in Dresden.

Bemerkungen zu § 176 Nr. 1 St.G.B., von Dr. Göb in Frankenthal.

Band 28. Erſtes und zweites Heft.

(Die Herausgabe erfolgt nach dem Tode des Präſidenten Hahn durch mehrere Kriminaliſten).

Zur Auslegung von § 498 Abſ. 2 der Strafprozeßordnung (Koſtenpunkt beim Vorhandenſein von Mitangeklagten) von Geh. Juſtizrath Dr. Herzog in Jena.

Beitrag zur Lehre von der Geldſtrafe. Die Geldſtrafe im Stadium der Vollſtreckung, von Amtsrichter Dr. Kronecker in Angermünde.

Die Entwürfe der däniſchen Juſtizgeſetze, von Prof. Dr. Teichmann in Baſel.

Die Reform des franzöſiſchen Strafprozeſſes, von Prof. Dr. S. Mayer in Wien.

Die Rückwirkung der Geiſteskrankheit und Strafunmündigkeit auf den Thatbeſtand der Hehlerei u. ſ. w., von G. Herbſt in Landsberg a. W.

Im Uebrigen enthalten ſämmtliche Hefte Mittheilungen aus der Praxis und literariſche Anzeigen.

---

**Allgemeine öſterreichiſche Gerichts-Zeitung.** Verantwortlicher Redakteur Dr. R. Nowack. Wien, Manz'ſche K. K. Hofverlags- und Univerſitäts-Buchhandlung, XXX. Jahrgang, N. F. XVI. Jahrgang. September bis Dezember 1879.

Von den Abhandlungen ſind folgende hervorzuheben:

Friedrich von Maasburg: Geſchichte der oberſten Juſtizſtelle in Wien. Nr. 72 bis 75.

Dr. Raban Freiherr von Cannſtein: Lehrbuch der Geſchichte und Theorie des öſterreichiſchen Civilprozeßrechts. Nr. 85 bis 88.

Ueber die Pflichttheils-, reſp. Erbanſprüche der nachrückenden Notherben, von Dr. Karl Schreiber. Nr. 89. 90.

Zur Lage der Advokatie auf dem Lande, von Dr. Leo Nagel. Nr. 91, 96.

Carl Peyrer: Das öſterreichiſche Waſſerrecht. Nr. 100 bis 102.

XXXI. Jahrgang. N. F. XVII. Jahrgang. Januar bis Juni 1880.

Vorſchläge zur Wuchergeſetzfrage, von Prof. von Cannſtein. Nr. 2 bis 5.

Einiges über die „Siebenbürger Ehen“, von Prof. Dr. Rittner. Nr. 10, 11.

Der Legaliſirungszwang bei Grundbuchsurkunden, von Dr. R. Nowak. Nr. 26, 28.

Beiträge zur Lehre vom Domizilwechſel, von Prof. J. B. Braun in Gießen. Nr. 34, 35, 36—38, 43, 44, 45, 48—50, 60, 61.

Beiträge zur Lehre vom Bergwerkseigenthum nach öſterreichiſchem Rechte, von Prof. Dr. Heinrich Schuſter in Wien. Nr. 40—42, 53—55.

Zur Lehre vom Schadenserſatz und der Genugthuung nach öſterreichiſchem Recht (Prof. Pfaff's Gutachten). Nr. 46, 47.

Die Reform unſerer Advokatie und die n. ö. Advokatenkammer, von Dr. R. Nowak. Nr. 57 bis 59.

Ueber Zuſätze im Wahrſpruch der Geſchworenen, von Prof. Dr. Friedrich Rulf. Nr. 56.

Der übrige Inhalt der Gerichtszeitung iſt gleich dem der vorigen Jahrgänge

---

**Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.** Unter ständiger Mitwirkung der Mitglieder der Wiener juristischen Fakultät herausgegeben von Dr. C. S. Grünhut, ord. Prof. an der Universität Wien. Wien, Alfred Hölder, K. K. Hof- und Universitäts-Buchhändler.

7. Band 1880. Erstes bis viertes Heft.

1. Zur Lehre vom Gelde, von Dr. L. von Hasner.
2. Das possessorium summariissimum und das possessorium ordinarium des österr. Rechts, von Prof. Dr. Moriz Heyßler.
3. Das Strafrecht des Gesundheitswesens und die Privatgesundheitsdelikte, von Prof. Hofrath Wahlberg.
4. Präklusion und Kontumaz, von Prof. Dr. Adolf Wach in Leipzig.
5. Der Rechtsbegriff. Im Anschluß an das Werk: Der Zweck im Recht, von Rudolf von Ihering, I. Band. 1877. Von Prof. Fr. August Thon in Jena.
6. Das possessorium summariissimum und das possessorium ordinarium des österr. Rechts, von Prof. Dr. Randa in Prag.
7. Ueber den Einfluß des Parteiwillens auf den Rang der Hypotheken, von Dr. A. Exner, Prof. in Wien.
8. Ueber den Begriff des Kriegsrechts, von Zucker, a. o. Prof. in Prag.
9. Die Eröffnung des Hauptverfahrens im Strafprozeß, von Dr. Julius Glaser.
10. Rechtsgeschäft und Rechtsordnung, von Alfred Pernice.
11. Beiträge zu der Geschichte und der Klassifikation der politischen und der sozialen Verbrechen, von Prof. Hofrath Wahlberg.
12. Ein paar orientirende Worte zur Kontroverse über das possessorium ordinarium des österr. Rechts, von Prof. Dr. M. Heyßler.
13. Die Lehre von den Streitparteien im österr. Civilprozeß, von Prof. Dr. Anton Menger in Wien.
14. Ademtion der Legate, von Prof. Dr. J. Kohler in Würzburg.
15. Ueber Rechtsverwandlungen, von Dr. Joseph von Schey, Privatdozent an der U. Wien.
16. Behandlung ungarischer Staatsangehöriger nach österreichischem Strafrecht, von F. Gernerth, K. K. Oberlandesgerichtsrath in Wien.

Im Uebrigen enthalten die 4 Hefte des 7. Bandes unter 52 Nummern literarische Anzeigen und Besprechungen neu erschienener juristischer Werke.

---

**Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes.** Herausgegeben von Dr. Julius Glaser, Dr. Joseph Unger und Joseph von Walther. XIV. Band. Wien. Druck und Verlag von Paul Gerold's Sohn. 1879.

Der Band enthält 368 Entscheidungen aus dem Jahre 1876 in chronologischer Ordnung, nebst einem Verzeichniß der einschlägigen und zitirten Gesetzesstellen.

---

**Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht,** herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt, Geh. Justizrath, ord. Prof. der Rechte in Berlin, Dr. Fr. v. Hahn, kaiserl. Rath am Reichsgericht in Leipzig, J. Keyßner, Kammergerichtsrath in Berlin, Dr. P. Laband, ord. Prof. der Rechte in Straßburg, und E. Sachs, Rechtsanwalt beim Reichsgericht in Leipzig.

XXV. Band.

I. Abhandlungen:

1. Die Errichtung der Aktiengeſellſchaft und die Gründer-Verantwortlichkeit (Fortſetzung und Schluß), von Reichsgerichtsrath Dr. Wiener in Leipzig.
2. Kritiſche Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeſchäften (erſter Beitrag), von Prof. Dr. Alfred Pernice in Halle.
3. Das Konditionsgeſchäft im deutſchen Viehhandel, von Prof. Dr. Heinrich Buhl in Heidelberg.
4. Notiz zur Geſchichte der Inhaberpapiere, von Profeſſor Dr. O. Stobbe in Leipzig.
5. Zur Lehre von der Einkaufs-Kommiſſion, von Reichs-Oberhandelsgerichtsrath a. D. Dr. Voigt.
6. Das Gerichtsverfaſſungsgeſetz für das deutſche Reich und das Verfahren in Handelsſachen, von Kammergerichtsrath Keyßner.

II. Rechtsquellen:

1. Die engliſche, franzöſiſche, italieniſche und belgiſche Handelsgeſetzgebung vom Jahre 1878, von Dr. F. Mittermaier in Heidelberg.
2. Die Verhandlungen über internationales Eiſenbahnfrachtrecht, von Geh. Regierungsrath Dr. v. d. Leyen in Berlin.
3. Mittheilungen über die Regelung internationaler Rechtsverhältniſſe in Spaniſch-Amerika, von Oberlandesgerichtsrath Neubauer in Berlin.
4. Ueber das „Capitolare dei Consoli dei Mercanti" der Republik Venedig, von Prof. Dr. G. M. Thomas in München.
5. Ueberſichten der deutſchen Reichsgeſetze, der deutſchen Landesgeſetze, der öſterreichiſchen Reichsgeſetze und der ausländiſchen Geſetzgebung und Staatenverträge im Jahre 1879.

III. Rechtsſprüche:

Entſcheidungen deutſcher, öſterreichiſcher und ſchweizer Gerichtshöfe über Fragen aus dem Handelskaufe.

IV. Literariſche Beſprechungen und Literaturüberſicht aus den Jahren 1879, 1880.

---

**Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutſchen Handels- und Wechſelrechts**, begründet im Jahre 1863 von Dr. F. B. Buſch†, Appellationsgerichts-Vice-Präſident, fortgeſetzt von H. Buſch, Landgerichtsrath in Erfurt.

Band 39 Heft 3 – 5

enthält Mittheilungen aus der Praxis und Urtheile des Reichs-Oberhandelsgerichts, preußiſcher, ſächſiſcher, württembergiſcher, badiſcher und bayeriſcher Gerichte und eine literariſche Umſchau.

Band 40

enthält folgende Abhandlungen:

1. Heft 5 des 23. Bandes und der 24. Band der Entſcheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, von dem Geh. Juſtiz- und Oberlandesgerichts Dr. von Kraewel in Naumburg.
2. Rechtsfolgen der Uebernahme eines beſtehenden Handelsgeſchäfts, von Dr. Ladenburg in Mannheim.

3. Die Vollmacht von demselben.
4. Die Rechtsfolgen der Vollziehung und Hingabe von Blanketakzepten, von dem Reichs-Oberhandelsgerichtsraths a. D. Dr. J. F. Voigt d. ä. in Hamburg.
5. Zur Auslegung des Art. 275 H.G.B., von dem Geh. Justiz- und Oberlandesgerichtsraths Dr. von Kraewel in Naumburg.

Außerdem enthält Band 39 Mittheilungen aus der Praxis und Urtheile preußischer, bayerischer und badischer Gerichte und eine literarische Umschau.

---

**Juristische Wochenschrift**, herausgegeben von S. Haenle, Rechtsanwalt in Ansbach, und M. Kempner, Rechtsanwalt am Landgericht I. in Berlin. Organ des deuschen Anwalt-Vereins.

Die bis jetzt vorliegenden 18 Nummern des Jahrganges 1880 enthalten

1) fortlaufende Mittheilungen über die civilrechtlichen, strafrechtlichen und prozessualischen Grundsätze des Reichsgerichts,
2) eine Reihe interessanter Urtheile des Reichsgerichts aus verschiedenen Gebieten des Civilrechts und Civilprozesses,
3) fortlaufende Mittheilungen über die Personalveränderungen in der Rechtsanwaltschaft,
4) eine Anzahl von Abhandlungen insbesondere über Fragen betreffend die Anwaltsgebühren, die Gerichtsvollziehergebühren und die Gerichtskosten rc.

---

# Beiträge
zur
# Erläuterung des Deutschen Rechts,
in besonderer Beziehung
auf das Preußische Recht
mit Einschluß
des Handels- und Wechselrechts.

Begründet von Dr. J. A. Gruchot.

Herausgegeben
von
Rassow, und Küntzel,
Reichsgerichtsrath. Landgerichtsrath.

Dritte Folge.
Vierter Jahrgang. — 1880.
(Der ganzen Reihe der Beiträge XXIV. Jahrgang.)

**Beilageheft.**

Berlin.
Verlag von Franz Vahlen.
1880.

# Vorwort.

Um nicht mit der Veröffentlichung der in großer Zahl ergangenen wichtigen Entscheidungen des Reichsgerichts in Rückstand zu kommen und um andererseits den nöthigen Raum für Abhandlungen zu gewinnen, sieht sich die Redaktion der Beiträge dem in dem Vorwort zum zweiten Heft des 24. Bandes angedeuteten Plane gemäß veranlaßt, ein Beilageheft erscheinen zu lassen. Dasselbe ist, damit die darin mitgetheilten Erkenntnisse leichter zitirt werden können, mit den auf den abgeschlossenen Band folgenden Seitenzahlen versehen.

Die Redaktion hofft, möglichst bald wieder in die Lage zu kommen, den früheren Umfang der Beiträge einhalten zu können, ohne das erstrebte Ziel zu beeinträchtigen.

# Inhalt.

Einzelne Rechtsfälle (Erkenntnisse des Reichsgerichts):


119. Nach welchen Gesetzen ist ein angelegter Arrest zu beurtheilen? 945
120. Kontraktliche Beschränkungen der Gewerbefreiheit durch s. g. Konkurrenz-Ausschlußverträge sind zulässig, wenn sie nicht das öffentliche Interesse gefährden . . . . . . . . . . . . . . . . . 946
121. Bildet die Verordnung des Testators, daß sein Nachlaß von den Gläubigern des Erben nicht angegriffen werden darf, für die Gläubiger ein Hinderniß, sich wegen Forderungen gegen den Erben an den Nachlaß zu halten? . . . . . . . . . . . . . . . . . 947
122. Die Vorschrift des A.L.R. I. 4 § 19, wonach sich Niemand mit der Unwissenheit einer in das Hypothekenbuch eingetragenen Verfügung entschuldigen kann, gewährt denjenigen Personen, welche mit einander kontrahirt haben, keine anderen Rechte, als welche ihnen nach dem abgeschlossenen Vertrage zustehen . . . . . . . . . . . 950
123. Ist die Gültigkeit einer Willenserklärung durch die Schriftform bedingt, so kann eine stillschweigende Willenserklärung mit rechtlicher Wirkung nicht eintreten . . . . . . . . . . . . . . . 952
124. Die Erklärung des Gläubigers, durch das Empfangene wegen seines Anspruchs befriedigt zu sein, enthält zwar die Bestimmung der Vereinbarung, aber noch nicht ihre wirkliche Erfüllung. Sie bedarf deshalb zu ihrer Gültigkeit der Schriftform, sofern diese dem Objekt nach erforderlich ist . . . . . . . . . . . . . . . . . 954
125. Durch vorbehaltlose Entgegennahme der Auflassung verliert der Grundstückskäufer seine Ansprüche wegen Mangels gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaft des Kaufgrundstücks, falls dieser Mangel ihm bereits vor der Auflassung bekannt geworden war . . . . . 955
126. 1. Genügt zur Begründung der Klage des Akzeptanten eines Wechsels auf Deckung gegen den Trassanten (s. g. Revalirungsklage) allein die Thatsache, daß ersterer den Wechsel eingelöst hat?
2. Besteht zwischen den einzelnen Wechselverbundenen ein Korrealverhältniß? . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 958
127. Besitzstörung durch Erwirkung des richterlichen Mandats, einen Weg bei Strafe nicht zu betreten . . . . . . . . . . . . . . . . 960
128. Die Vorschriften A.L.R. I. 8 §§ 139, 140 beziehen sich nur auf Gebäude. Zu diesen sind Treppen und Aborte nicht zu rechnen 960
129. Die Vorschrift des A.L.R. I. 8 § 140 gilt auch dann, wenn der Nachbar gebaut hat, bevor die Grenzlinie ausgemittelt ist. Der Bauende muß von der demnächst im Prozesse festgestellten richtigen Grenze $1\frac{1}{2}$ Werkschuh entfernt bleiben . . . . . . . . . . 962
130. Was ist unter „gewöhnlichem Wasserstande" von Seen oder Flüssen zu verstehen? . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 964
131. Betrifft der Eigenthumserwerb durch Inädifikation nur diejenige Fläche, welche mit Gebäuden besetzt ist, oder auch solche Flächen, welche für den Gebrauch der bebauten Fläche unentbehrlich sind (z. B. Wege)? . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 967
132. Zur Erhaltung der Benefizial-Eigenschaft genügt, daß der Erbe ein

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| | zum Zweck der Erbschaftsstempel-Berechnung erforderte Inventar dem Gericht einreicht . . . . . . . . . . . . . . . . | 972 |
| 133. | Der Adjudikatar muß, sofern der Zuschlagsbescheid nicht entgegenstehende Bedingungen enthält, das auf dem subhastirten Grundstück eingetragene Ausgedinge übernehmen, und zwar sowohl das Wohnungsrecht, als den Nießbrauch und die Geld- und Naturalleistungen an den Auszügler . . . . . . . . . . . . . . . . | 974 |
| 134. | Die Vorschriften des A.L.R. über den landüblichen Zinsfuß sind durch die Gesetze über Aufhebung der Zinsbeschränkungen nicht außer Kraft gesetzt. Fehlt in einem Schuldschein die Bestimmung über die Höhe der zu zahlenden Zinsen, so wird vermuthet, daß der Schuldner die Zahlung landüblicher Zinsen übernommen hat . . . . | 977 |
| 135. | Schließt bei einem Bauvertrage die Uebernahme des Baues unter Vorbehalt die Lohnforderung des Baumeisters aus? . . . . . . | 978 |
| 136. | Zwecks der Feststellung des zu ergänzenden Pflichttheils ist der ganze Betrag einer widerruflichen Schenkung zu dem vorhandenen Nachlaß hinzuzurechnen . . . . . . . . . . . . . . . | 979 |
| 137. | Proxenetikum. Ein Zahlungsversprechen nach stattgefundener Vermittlung bedarf bei Objekten über 150 M. der schriftlichen Form | 982 |
| 138. | Anwendung der Vorschrift, daß ein Bevollmächtigter Aufträge verschiedener Personen, deren Interesse einander entgegenläuft, nicht annehmen darf, auf die Vermittlungsgeschäfte von Güteragenten | 983 |
| 139. | Muß derjenige, welchem für die Nachweisung eines Käufers ein Proxenetikum versprochen ist, zur Begründung seiner Klage den Kausalzusammenhang zwischen der Zuführung des Käufers und dem Vertragsabschluß mit demselben beweisen? . . . . . . . . . | 987 |
| 140. | 1. Testamentsform bei schreibensunfähigen Personen.<br>2. Wechselseitige Testamente der Eheleute . . . . . . . . . | 989 |
| 141. | Die Vorschriften des A.L.R. II. 1 §§ 491, 492 finden<br>1. nicht bloß bei wechselseitigen Testamenten, sondern auch bei Erbverträgen der Ehegatten Anwendung, und<br>2. auch in dem Falle, daß die Ehegatten sich nicht wechselseitig zu Erben eingesetzt, sondern sich nur Vermächtnisse zugewendet haben . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 995 |
| 142. | 1. Liegt in einer Vollmacht zum Verkaufe zugleich die Befugniß, das Vorhandensein oder das Fehlen bestimmter Eigenschaften der verkauften Sache zu versprechen? oder bedarf es hierzu einer Spezialvollmacht?<br>2. Die Wandelungsklage ist begründet, wenn die verkaufte Sache zur Zeit des erklärten Rücktritts vom Vertrage in demselben Zustande zurückgegeben werden konnte. Ob sie später verschlechtert oder untergegangen ist, kommt nicht in Betracht.<br>3. Wer sich die Vortheile aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag aneignet, genehmigt damit dieselbe. . . . . . . . . . . . | 997 |
| 143. | Die Klage aus der nützlichen Verwendung steht dem Verkäufer einer Sache gegen denjenigen, welcher sie durch einen selbständigen lästigen Vertrag vom Käufer erworben hat, nicht zu . . . . . . . . | 1002 |
| 144. | Die Uebergabe der zu verwaltenden Sache bildet ein wesentliches Erforderniß des Verwaltungsvertrages . . . . . . . . . . | 1003 |
| 145. | Gehört zur Rechnungslegung die Ausantwortung der Beläge? . . | 1004 |
| 146. | Ist für den Kreditauftrag (A.L.R. I. 14 § 215) schriftliche Form nothwendig? . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 1006 |
| 147. | Die gesetzliche Regel des preuß. Rechts, daß der Zahlende auch ohne ausdrückliche Cession in die Rechte des bezahlten Gläubigers tritt, fällt nur dann fort, wenn die Zahlung solvendi oder donandi causa | |

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| | erfolgte. Daß dieser Ausnahmefall vorliegt, ist von demjenigen zu beweisen, welcher Rechte daraus herleitet . . . . . . . . . . | 1007 |
| 148. | Haben Zahlungen a conto stattgefunden, so ist der Gläubiger nicht berechtigt, Befriedigung wegen einer einzelnen beliebig herausgegriffenen Schuld zu verlangen . . . . . . . . . . . . . | 1008 |
| 149. | 1. Die Anrechnung einer Zahlung auf eine verjährte Schuldpost ist unzulässig.<br>2. Das Anerkenntniß einer verjährten Schuld bedarf, wenn ein Handelsgeschäft vorliegt, nicht der schriftlichen Form . . . . . | 1009 |
| 150. | Aus der Bestimmung des A.L.R., daß zu den die Erbschaft betreffenden Schulden die Erben gegen die Erbschaftsgläubiger gemeinschaftlich verpflichtet sind, folgt, daß es unzulässig ist, eine Schuld gegen den einen verklagten Erben als bestehend, gegen den andern als nicht bestehend zu erkennen . . . . . . . . | 1011 |
| 151. | Der Eigenthümer eines mit einer Reallast beschwerten Grundstückes haftet für die während seiner Besitzzeit fällig werdenden Leistungen persönlich . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 1012 |
| 152. | Laudemialpflicht. 1. Bei der Berechnung des Laudemiums ist der Werth der auf dem Erbzinsgrundstücke stehenden Gebäude von dem Kaufgelde nur dann in Abrechnung zu bringen, wenn die Errichtung derselben nicht derjenigen Bestimmung entspricht, welche dem Grundstücke ursprünglich bei der Verleihung gegeben ist.<br>2. Dieser Grundsatz findet sowohl bei ländlichen als städtischen Erbzins-Grundstücken Anwendung.<br>3. Die Behauptung, daß ein Gebäude dem Zwecke der ursprünglichen Bestimmung nicht entspricht, ist als Einwand von dem Laudemialpflichtigen zu beweisen . . . . . . . . . . . | 1014 |
| 153. | Begriff und Erfordernisse der auf einem Grundstücke haftenden gemeinen Lasten . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 1017 |
| 154. | 1. Der von einem Nichteigenthümer bewilligte Pfandrechtstitel wird, sobald das Eigenthum der Sache auf den Verpfänder übergeht, zu einem gültigen, und es besteht dann das persönliche Recht des Gläubigers, von dem Verpfänder die wirkliche Bestellung des Pfandrechts durch Eintragung (resp. Uebergabe) zu verlangen.<br>2. Die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts (z. B. der Auflassung) wegen Scheines ist unabhängig von den Voraussetzungen des Gesetzes vom 9. Mai 1855. Die Legitimation des anfechtenden Dritten wird lediglich durch sein Interesse zur Sache bedingt . . . . . . | 1019 |
| 155. | Unter welchen Bedingungen kann die Frau Verwaltung und Nießbrauch des Eingebrachten vom Manne zurückfordern? Begriff des standesmäßigen Unterhalts . . . . . . . . . . . . . | 1023 |
| 156. | 1. Bei Beurtheilung der Frage, ob ein Ehemann vermögend ist, seiner Frau den erforderlichen Unterhalt zu gewähren, sind die Revenüen des Eingebrachten der Frau mit in Rechnung zu ziehen.<br>2. Ist hiernach der Ehemann im Stande, seiner Frau den erforderlichen Unterhalt zu gewähren, so enthält sein Verzicht auf den Nießbrauch eine freigebige Verfügung, welche der Anfechtung durch die Gläubiger des Mannes unterliegt . . . . . . . . . . . . | 1024 |
| 157. | Ehescheidung wegen grober Verbrechen. Verzeihung . . . . . . | 1028 |
| 158. | Der Vater, welcher eine seiner Tochter gegebene Ausstattung (im Gegensatz zur Mitgift) auf deren eigenes Vermögen anrechnen will, muß diese Absicht bei der Zuwendung erklären. Geschieht das nicht, so tritt die Vermuthung der Schenkung ein . . . . . . . . | 1029 |
| 159. | Der Pflichttheilserbe, welcher nicht auf eine bestimmte Summe oder Sache eingesetzt ist, kann behufs Erlangung des Pflichttheils die | |

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| | Theilung des Nachlasses und die Subhastation der zu demselben gehörigen Grundstücke beantragen . . . . . . . . . . . . | 1032 |
| 160. | 1. Die Unehelichkeit eines Kindes kann nur auf die A.L.R. II. 2 §§ 7—10 bestimmte Weise festgestellt werden. 2. Ein Alimentenanspruch, dessen Höhe erst im Prozesse festgestellt wird, unterliegt nicht der kurzen Verjährung . . . . . . . . | 1036 |
| 161. | 1. Der Alimentationsanspruch gegen Verwandte muß, wenn mehrere gleich nahe verpflichtete Verwandte vorhanden sind, gegen alle in einem gemeinschaftlichen Verfahren geltend gemacht werden. 2. Eine Ausnahme bildet der Fall, daß einer der Verwandten selbst unvermögend ist. Das Vorhandensein dieser Ausnahme hat der Kläger zu beweisen . . . . . . . . . . . . . . . . . | 1037 |
| 162. | Familienfideikommiß. Ein Verzicht auf das Sukzessionsrecht steht den nachgeborenen sukzessionsfähigen Kindern des Verzichtenden nicht entgegen. . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 1040 |
| 163. | Durch Familienschlüsse können bereits erworbene Rechte der Familienmitglieder nicht beseitigt werden . . . . . . . . . . . | 1042 |
| 164. | 1. Inwiefern haftet der Staat für die Handlungen seiner Beamten bei Ausübung fiskalischer und landeshoheitlicher Rechte? 2. Die Kosten der vorläufigen Unterbringung eines aus dem Auslande übernommenen Hülfsbedürftigen fallen in Preußen nicht dem Fiskus, sondern demjenigen Landarmenverbande zur Last, innerhalb dessen der Hülfsbedürftige seinen letzten Unterstützungswohnsitz gehabt hat . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 1042 |
| 165. | Die Nothwendigkeit eines kirchlichen Baues wird von den geistlichen Oberen bestimmt. Die Entscheidung derselben kann im Rechtswege nicht angefochten werden. Ist der Patron verpflichtet, zu den Kosten eines Orgelbaues beizutragen? . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 1047 |
| 166. | Die Verpflichtung des Gutsherrn zur unentgeltlichen Hergabe von Materialien für Schulbauten beschränkt sich auf den Umfang des Gutes, für welches die Schule bestimmt ist. Die Vereinigung desselben mit andern Gütern zu einer Herrschaft übt darauf keinen Einfluß . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 1050 |
| 167. | Ist der Regreß der Bürgen und Mitschuldner nach der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §§ 86, 87 nur aus dem Recht des befriedigten Gläubigers oder auch aus eigenem Recht kraft besondern Abkommens zulässig? . . . . . . . . . . . . . . . . | 1052 |
| 168. | Ist der Antrag des Gemeinschuldners oder seiner Erben auf Aufhebung des gemeinen Konkurses nach der Konk.-O. vom 8. Mai 1855 unbedingt von dem Nachweis der Vermögenszulänglichkeit abhängig? | 1055 |
| 169. | Nach Beendigung des erbschaftlichen Liquidationsverfahrens steht dem nicht präkludirten Nachlaßgläubiger die Wahl zu, entweder die Forderung gegen den Benefizialerben zur Vollstreckung zu bringen oder die Eröffnung des Konkurses zu beantragen . . . . . . . . | 1057 |
| 170. | Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855. Das Anfechtungsrecht des Gläubigers ist an die Exekutionsfähigkeit seiner Forderung geknüpft. Bei rechtskräftig feststehenden terminlich zu leistenden Zahlungen kann deshalb die Anfechtung nur wegen der fälligen, nicht wegen der erst künftig einziehbaren Raten erfolgen . . . . . . . . | 1060 |
| 171. | Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855. Außerhalb des Konkurses ist der Schuldner nicht behindert, einen seiner Gläubiger vor den andern zu befriedigen. Bildet jedoch die Leistung des Schuldners kein Aequivalent der Schuld, so unterliegt das Rechtsgeschäft der Anfechtung. . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 1065 |
| 172. | Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855. Eine Veräußerung, welche | |

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| | die Verzögerung in der Befriedigung des Gläubigers zur Folge hat, enthält eine Benachtheiligung des Gläubigers . . . . . . . . | 1066 |
| 173. | Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855 § 12. Kann der Gläubiger, welcher ein Rechtsgeschäft seines Schuldners mit einem Dritten anficht, für den Fall des Obsieges von dem Dritten die Herausgabe der über das Rechtsgeschäft errichteten Urkunde an ihn — den Gläubiger — verlangen? . . . . . . . . . . . . . . . . | 1067 |
| 174. | Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855. Die Haftpflicht des fraudulosen Erwerbers wird dadurch nicht beendigt, daß er die Sache anderweitig veräußert. Besitzt er dieselbe nicht mehr, so ist er zum Ersatz des dem Gläubiger Entzogenen, also zur Erstattung des Erlöses resp. Werthes derselben verpflichtet. . . . . . . . . | 1068 |
| 175. | Bergrecht. Die Befugnisse des Repräsentanten eines Grubenvorstandes sind nach den Vorschriften über den Vollmachtsauftrag zu beurtheilen. . . . . . . . . . . . . . . . . . | 1070 |
| 176. | Aktiengesellschaften sind als Handelsgesellschaften anzusehen. Die von ihnen abgeschlossenen Verträge gehören deshalb zu den Handelsgeschäften . . . . . . . . . . . . . . . . . | 1071 |
| 177. | Ist der Anspruch eines aus einer Genossenschaft ausgeschiedenen Mitgliedes auf Zahlung seines Stamm-Antheils bereits fällig geworden, so kann die Forderung desselben dadurch, daß die Gesellschaft ihre Liquidation beschließt, nicht abgewendet werden. . . . | 1072 |
| 178. | Dem Gewerbegehülfen steht, auch wenn er durch Krankheit an der Erfüllung seines Dienstes behindert wird, der Anspruch auf sein Gehalt so lange zu, bis er entlassen ist . . . . . . . . . . | 1074 |
| 179. | Stempel, welche als Gerichtskosten zu verrechnen sind, verjähren in vier Jahren . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 1076 |
| 180. | Der Werkverdingungsvertrag unterliegt nur dem allgemeinen Vertragsstempel. Die Zerlegung eines einheitlichen Vertrages in die Einzel-Funktionen des Geschäfts im Stempelinteresse ist unzulässig. Inwiefern tritt Stempelpflichtigkeit beim Abschlusse des Vertrages durch Korrespondenz ein? . . . . . . . . . . . . . . . . | 1077 |
| 181. | Bei einem Austausch von Fideikommiß-Vermögen gegen freies Vermögen ist derjenige Betrag, um welchen das einverleibte Vermögen das veräußerte an Werth übersteigt, dem Fideikommißstempel unterworfen | 1080 |
| 182. | Verhandlungen über die Theilung einzelner Nachlaßstücke sind nicht dem Erbrezeßstempel unterworfen . . . . . . . . . . . | 1081 |
| 183. | Erbschaftssteuer. Von der steuerpflichtigen Masse dürfen nur diejenigen Schulden und Legate abgezogen werden, zu deren Bezahlung der Erbe rechtlich verpflichtet ist . . . . . . . . . | 1083 |
| 184. | Res judicata. Identität des Rechtsverhältnisses. Berücksichtigung der Entscheidungsgründe behufs Auslegung des Tenors . . . . | 1085 |
| 185. | Exceptio rei judicatae. Die Entscheidung über einen Theil begründet keine Rechtskraft für das Ganze. . . . . . . . . . . | 1087 |
| 186. | Unzulässigkeit des Rechtsweges gegen interimistische Entscheidungen der Polizeibehörde über Räumung von Gräben . . . . . . . | 1088 |
| 187. | Beweis einer Observanz. In wiefern sind Atteste von Behörden als Beweismittel zu benutzen? . . . . . . . . . . . . . | 1089 |
| 188. | 1. Auf welche Gründe kann das Wechselseparatum gestützt werden? Sind auch solche Anführungen zulässig, welche eine Klageverneinung enthalten? Insbesondere die Behauptung, daß der Wechselschuldner zur Zeit der Annahme des Wechsels unter väterlicher Gewalt stand? 2. Gerichtsstand für die Wechsel-Separatklage . . . . . . . . | 1091 |
| 189. | Der im Wechselprozeß durch Kontumazial-Erkenntniß Verurtheilte kann im Wechsel-Separatum zur eidlichen Diffession der Wechselunterschrift nicht zugelassen werden . . . . . . . . . . . | 1093 |

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 190. | Die Klage des Rechnungsstellers auf ein Liquidum setzt nicht eine vorhergehende Mittheilung der Rechnung an den Geschäftsherrn voraus . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 1095 |
| 191. | Wird ein Eid mehreren Liquidatoren einer Handelsgesellschaft angetragen, so gilt er für verweigert, wenn auch nur ein Liquidator die Ausschwörung ablehnt . . . . . . . . . . . . | 1096 |
| 192. | Ist eine Bürgschaft nach der Qualität des Bürgen, als Kaufmannes, ein Handelsgeschäft, so ist an dem handelsrechtlichen Karakter derselben nicht zu zweifeln, auch wenn die Schuld, für welche sie bestellt worden, nicht aus einem Handelsgeschäft hervorgegangen ist . | 1097 |
| 193. | Sofern nicht die Schriftreform vertragsmäßig bestimmt ist, kann in Handelssachen ein schriftlicher Vertrag durch einen mündlichen Vertrag geändert werden . . . . . . . . . . . . . . | 1098 |
| 194. | Die in H.G.B. Art. 343 dem Verkäufer beigelegten Befugnisse sind lediglich von dem Verzuge in der Empfangannahme bedingt. Ob die Waare tradirt ist, kommt nicht in Betracht . . . . . . . | 1099 |
| 195. | 1. Die Bestimmungen des H.G.B. Art. 402 und 405 finden in dem Falle keine Anwendung, wenn der Frachtführer irrthümlicher Weise das Frachtgut ausgeliefert hat.<br>2. Nach gemeinem Recht (anders nach A.L.R. I. 11 § 128) überträgt die vom Verkäufer bewirkte Aushändigung der Waare an den Frachtführer zur Beförderung an den Käufer diesem ohne Weiteres nicht den Besitz und damit das Eigenthum der Waare . . . . . | 1100 |
| 196. | Wechselrecht. Enthalten die in einem Wechsel gebrauchten Worte: „zahlbar bis zum 1. November 1878" eine genügende Angabe der Zahlungszeit? . . . . . . . . . . . . . . . . . | 1104 |
| 197. | Kann von einem frühern Indossatar dem spätern die Einrede entgegen gestellt werden, die Wechselregreßklage des letzteren sei wegen Personeneinheit mit dem Aussteller unbegründet? . . . . . . . | 1106 |
| 198. | Die Einrede, daß der Inhalt eines Wechsels gefälscht sei, ist für eine Einrede aus dem Wechselrecht zu erachten, welche jedem Wechselinhaber gegenüber geltend gemacht werden kann . . . . . . | 1108 |
| 199. | Die Behauptung, ein Wechsel sei verfälscht, ist als Einrede vom Aussteller zu beweisen. Macht der Wechselkläger geltend, die Aenderung des Wechselinhalts enthalte keine Fälschung, so trifft ihn für diese Replik die Beweislast . . . . . . . . . . . . | 1109 |
| 200. | § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 findet auch auf solche Eisenbahnen Anwendung, welche nicht zu den allgemeinen Verkehrsanstalten gehören, sofern sie in Ansehung der Gefährlichkeit des Betriebes den zum allgemeinen Verkehr bestimmten Eisenbahnen gleich zu achten sind . . . . . . . . . . . . . . . | 1110 |
| 201. | Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871. Der Anspruch aus § 2 des Gesetzes ist durch den ursachlichen Zusammenhang zwischen der erlittenen Verletzung und dem Betriebe der im Gesetz bezeichneten Gewerbe bedingt. . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 1111 |
| 202. | Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871. Die Vorschriften der Landesgesetze — insbesondere A.L.R. I. 6 §§ 19, 21 — über das konkurrirende Verschulden des Beschädigten sind bei Anwendung des Haftpflichtgesetzes nicht zu berücksichtigen. . . . . . . . . . | 1112 |
| 203. | Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871. In Betreff der Höhe einer dem Beschädigten zu gewährenden Rente enthält das verurtheilende Erkenntniß nach § 7 Abs. 2 des Gesetzes nur ein Interimistikum. Die Minderung wegen veränderter Umstände des Beschädigten kann jedoch nicht für die Vergangenheit, sondern nur von Anstellung der neuen Klage ab gefordert werden. . . . . . . . . | 1114 |

# Aus der Praxis.

## Einzelne Rechtsfälle.

### Nr. 119.

**Nach welchen Gesetzen ist ein angelegter Arrest zu beurtheilen?**

**(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 3. März 1880 in Sachen der Handlung B. u. Co., Beklagte, wider die Arnsberger Gewerbebank, Klägerin. 75/80.)**

In dem die Revision des Beklagten gegen das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts in Hamm verwerfenden Urtheil des Reichsgerichts findet sich folgende

Ausführung:

Der Arrest, um welchen es sich handelt, ist von dem Gerichtsvollzieher in Elberfeld auf ein dort befindliches Vermögensobjekt, nach Vorschrift des rheinischen Rechts, angelegt worden, während der Antragsteller (Arrestant) und der Schuldner (Arrestat) unter der Herrschaft des altpreußischen Rechtes wohnen. Nach den Grundsätzen über Kollision der Gesetze nach räumlichen Grenzen muß jene Arrestlegung — nach Form, Rechtsbestand und Wirkung — nach rheinischem Rechte beurtheilt werden, denn der Arrest — als ein prozeßrechtliches Institut zur Sicherung von Ansprüchen — folgt den Prozeßgesetzen des Ortes, an welchem er angelegt worden ist.

## Nr. 120.

**Kontraktliche Beschränkungen der Gewerbefreiheit durch s. g. Konkurrenz-Ausschlußverträge sind zulässig, wenn sie nicht das öffentliche Interesse gefährden.**

Gewerbe-Ordnung vom 21. Juni 1869 § 1, A.L.R. I. 4 § 6.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 16. Dezember 1879 in Sachen R. wider H. 12/79.)

Die vom Beklagten gegen das Erkenntniß des frühern preuß. Appell.-Gerichts zu Frankfurt a. O. eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Kontraktliche Beschränkungen der Gewerbefreiheit durch sogenannte Konkurrenz-Ausschuß-Geschäfte sind nicht unzulässig, wenn sie nicht das öffentliche Interesse gefährden.

Diesen Standpunkt hat auch das Königlich preußische Ober-Tribunal in seinem Plenar-Beschluß vom 9. Juli 1877 (Entscheid. Bd. 80 S. 1) eingenommen, indem es sich hierin — nach anfänglichem Schwanken (vgl. Entscheid. des Ober-Tribunals Bd. 77 S. 231, dagegen Striethorst Archiv Bd. 88 S. 139) — der feststehenden Rechtsprechung des R.O.H. (dessen Entscheidungen Bd. 7 S. 418, Bd. 12 S. 29 und 229, Bd. 15 S. 163, Bd. 16 S. 160, Bd. 21 S. 262) angeschlossen hat. Ob ein bestimmter derartiger Vertrag vermöge seines Inhalts mit dem öffentlichen Interesse unvereinbar, das ist nicht Rechts- sondern Thatfrage. Im vorliegenden Falle hat diese der Appellationsrichter verneint. Die Verneinung bleibt entscheidend, wenn auch die Nichtigkeitsbeschwerde ihr eine Bejahung entgegensetzt.

„Das Prinzip der Gewerbefreiheit" mag dahin führen, Verträgen den Rechtsbestand zu versagen, durch welche Personen die Verpflichtung übernehmen, keinerlei Gewerbebetrieb an irgend einem Orte und zu irgend einer Zeit zu üben. Aber ein solcher Vertrag liegt nicht vor. Nach der Feststellung im Appellationsgerichtsurtel hat der Vertrag vom 11. Dezember 1876 der Freiheit des Beklagten keine andere Beschränkung aufgelegt, als den Glassandhandel in dem bisherigen Absatzgebiet der klagenden Gesellschaft zwanzig Jahre lang nicht zu betreiben. Diese Feststellung wird dadurch nicht beseitigt, daß die Nichigkeitsbeschwerde versichert, das Verbot des Glassandhandels sei weder örtlich noch zeitlich begrenzt.

---

## Nr. 121.

**Bildet die Verordnung des Testators, daß sein Nachlaß von den Gläubigern des Erben nicht angegriffen werden darf, für die Gläubiger ein Hinderniß, sich wegen Forderungen gegen den Erben an den Nachlaß zu halten?**

A.L.R. I. 4 §§ 14 ff., I. 5 §§ 58 ff., I. 9 § 582, II. 2 §§ 419—426.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 10. Februar 1880 in Sachen des Kämmerers a. D. B., Klägers, wider das Fräulein U., Beklagte. 108/79.)

Der verstorbene Züchnermeister Ch. J. hat in seinem Testament den Kläger zum Universalerben eingesetzt und verordnet,

> daß die etwaigen gegenwärtigen und künftigen Gläubiger des Klägers nicht berechtigt sein sollen, sich an die Substanz des Nachlasses oder an dessen Nießbrauch in irgend einer Weise zu halten.

Die Beklagte ist Gläubigerin des Klägers und hat im Wege der Exekution zum Nachlaß des Ch. J. gehörige Sachen mit Beschlag belegen lassen.

Der Kläger verlangt Freigabe der Sachen, ist jedoch mit seiner Klage vom vormaligen preuß. Appell.-Gericht zu Glogau abgewiesen.

Die von dem Kläger gegen dieses Erkenntniß eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Reichsgericht zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Die von dem Kläger eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde entbehrt der Begründung.

Die Vorschriften des A.L.R. I. 4 §§ 14 ff. haben die dem Privatverkehr entzogenen Sachen zum Gegenstande, und es verordnen speziell die §§ 15 und 16:

> Nicht nur durch Natur oder Gesetz, sondern auch durch rechtliche Privatverfügungen können Sachen dem Verkehr entzogen werden.
>
> Dergleichen Privatverfügung bindet einen Jeden, welchen der Verfügende zu verpflichten berechtigt war.

Mit Recht hat der Appellationsrichter angenommen, daß es sich hier nicht um eine Sache handelt, welche dem Privatverkehr entzogen ist. Das Landrecht verbindet mit dem Begriffe einer dem Verkehr entzogenen Sache das Bestehen eines Zustandes, welcher, durch die Natur oder durch Gesetz oder Privatwille hervorzurufen, also physisch oder rechtlich eine Verfügung über die Sache, schlechthin oder unter

gewissen Voraussetzungen, unmöglich macht, und deshalb bestimmt § 14 a. a. O., daß soweit eine Sache dem Privatverkehr entzogen ist, sie kein Gegenstand einer Willenserklärung sein kann, und es erklären ferner die §§ 58 ff. A.L.R. I. 5 Verträge über Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind, für den Fall, daß das Hinderniß nicht gehoben werden kann, für ungültig (vgl. I. 11 §§ 28, 29; I. 9, §§ 581, 582). Ein solcher, die freie Verfügung des Berechtigten hindernder Zustand waltet aber im vorliegenden Falle nach der Feststellung des Appellationsrichters nicht ob; der Testator hat im Gegentheil dem Kläger das Eigenthum an dem Nachlasse völlig uneingeschränkt zugewendet, und der Kläger ist daher zu jeder Verfügung über den letzteren und dessen Theile befugt. Der Appellationsrichter hat also aus thatsächlichen Gründen das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 15 a. a. O. negirt, und diese Entscheidung unterliegt nicht dem Angriffe mit der Nichtigkeitsbeschwerde. Wenn der Appellationsrichter aber ferner der — nach seiner Feststellung lediglich gegen die Gläubiger des Klägers gerichteten — testamentarischen Bestimmung, wonach die Gläubiger für nicht berechtigt erklärt werden, die Substanz und die Einkünfte des Nachlasses zum Zwecke ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen, keine rechtliche Bedeutung beigelegt hat, so ist auch in dieser Annahme ein Verstoß gegen die §§ 15 und 16 a. a. O. nicht enthalten. Denn nur durch rechtliche, das heißt rechtsverbindliche Privatverfügungen können Sachen dem Verkehr entzogen werden, und die Rechtsverbindlichkeit der Verfügung ist dadurch bedingt, daß der Verfügende denjenigen, gegen welchen die Verfügung ergeht, zu verpflichten berechtigt ist (A.L.R. I. 9, § 16; § 582). Daß diese Voraussetzung jedoch auf den Testator J. den Gläubigern des Klägers gegenüber zutrifft, ist nicht festgestellt und rechtlich keineswegs selbstverständlich; denn die Gläubiger eines Erben stehen zum Erblasser desselben in keinem Rechtsverhältnisse, welches sie an sich den Verfügungen des Erblassers über das Vermögen des Erben unterwürfe; dem Vermögen des Erben gegenüber haben sie dasselbe Zugriffsrecht, welches ihnen in Betreff der Habe anderer Schuldner zusteht, und dieses Recht ist nur durch das Maß der Verfügungsbefugniß des Erben über die Exekutionsobjekte bestimmt. Ist letzteres unbeschränkt, so ist auch jenes Recht uneingeschränkt; der Erblasser kann also den Zugriff der Gläubiger des Erben auf das ererbte

Vermögen nur dadurch einschränken, daß er den Erben in der Verfügung über letzteres entsprechend verkürzt. Es war deshalb der ꝛc. J. nicht für befugt zu erachten, nachdem er seinen Nachlaß dem Kläger als freies, keiner Beschränkung unterworfenes Eigenthum zugewendet hatte, die Gläubiger desselben in ihrem Rechte, dieses freie Vermögen zum Gegenstande ihrer Befriedigung zu machen, zu beeinträchtigen (vgl. Bornemann, preuß. Civilrecht 2. Ausgabe, Bd. 6 S. 195 ff.; Förster, Theorie und Praxis, Bd. 4 S. 74; Koch, Erbrecht S. 515 ff.; Gruchot, Erbrecht, Bd. 3 S. 185 ff.; Seuffert, Archiv, Bd. 3 Nr. 86 S. 108). Mit dieser Auffassung stehen auch die Entscheidungen des preußischen Ober-Tribunals, Striethorst Archiv Bd. 35 S. 30, Bd. 85 S. 249; Entscheidungen Bd. 45 S. 218, Bd. 48 S. 236, Bd. 82 S. 104, nicht im Widerspruche, weil in den diesen Entscheidungen zum Grunde liegenden Rechtsfällen thatsächlich auch eine Beschränkung des Erben in seinem Verfügungsrechte über den Nachlaß obwaltet.

Ebenso wenig liegt eine Verletzung des A.L.R. II. 2 § 424 vor. Diese Vorschrift bezieht sich auf den Fall der Enterbung aus guter Absicht, §§ 419 ff. ebenda, und kann deshalb hier unmittelbar nicht entscheidend sein; dieselbe findet aber auch nicht analoge Anwendung. Die Enterbung aus guter Absicht bezweckt die Einschränkung des Pflichttheilsberechtigten in der Verfügung über den Pflichttheil (§ 419). Zur Erreichung dieses Zwecks können, wenn eine gesetzmäßige Ursache vorhanden ist, die Eltern dem Kinde die Verfügung unter Lebendigen in Ansehung des Pflichttheils gänzlich untersagen (§ 423); sie können anordnen, daß die gegenwärtigen und künftigen Gläubiger des Kindes sich an die Substanz des Erbtheils zu halten nicht berechtigt sein sollen (§ 424); auch können sie das Kind in der Verfügung auf den Todesfall, in Ansehung des Pflichttheils, zum Besten seiner Abkömmlinge einschränken (§ 426). In dieser Weise soll der Pflichttheil dem Kinde und dessen Nachkommen erhalten bleiben. Wie jedoch der § 419 ausdrücklich ausspricht, besteht das Wesen der Enterbung aus guter Absicht darin, daß der Berechtigte in seinem Verfügungsrechte eingeschränkt wird, und deshalb setzt das Gesetz auch bei der Vorschrift des § 424 voraus, daß eine solche Beschränkung auf Seiten des instituirten Erben eingetreten ist, und entzieht in der weiteren Konsequenz dieser Einschränkung den Gläubigern des Erben das

Recht, die Substanz des Pflichttheils zum Gegenstande ihrer Befriedigung zu machen. — Daß die Vorschrift so zu verstehen ist, ergiebt sich klar aus den §§ 425 und 429 a. a. O. Hier ist verordnet, daß der Nießbrauch des Pflichttheils dem Kinde nicht entzogen werden darf, und folgeweise das Recht der Gläubiger des Kindes, den Nießbrauch in Anspruch zu nehmen, — vorbehaltlich einer dem Kinde zu bewilligenden Kompetenz, — ausdrücklich nachgelassen. — Jene Voraussetzung des Gesetzes fehlt aber nach der Feststellung des Appellationsrichters für den vorliegenden Fall, und aus diesem Grunde kann auch von einer Anwendung des im § 424 ausgesprochenen Prinzips hier nicht die Rede sein.

---

## Nr. 122.

**Die Vorschrift des A.L.R. I. 4 § 19, wonach sich Niemand mit der Unwissenheit einer in das Hypothekenbuch eingetragenen Verfügung entschuldigen kann, gewährt denjenigen Personen, welche mit einander kontrahirt haben, keine anderen Rechte, als welche ihnen nach dem abgeschlossenen Vertrage zustehen.**

A.L.R. I. 4 § 19.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 24. Februar 1880 in Sachen des Kaufmanns R., Beklagten, wider den Eigenthümer W., Kläger. 372/79.)

Der Kläger hat 1874 von dem Beklagten ein Grundstück gekauft. Im Grundbuche stand ein bedingtes Rückkaufsrecht für einen frühern Eigenthümer eingetragen. Nach Eintritt der Bedingung hat der frühere Eigenthümer von diesem Rechte Gebrauch gemacht und das Grundstück von dem Kläger evinzirt. Dieser verlangt jetzt von dem Beklagten, seinem Verkäufer, Erstattung des Kaufgeldes. Den Einwand des Beklagten, daß Kläger das Recht des Evinzenten kennen mußte, weil es im Grundbuche eingetragen war, hat der zweite Richter — das vormalige preuß. Appell.-Gericht zu Posen — verworfen. Die vom Beklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Nach A.L.R. I. 11 § 135 ist der Verkäufer schuldig, dem Käufer die Sache so zu gewähren, daß dieser dieselbe bedungenermaßen als sein Eigenthum besitzen, nutzen und darüber verfügen könne, und nach § 136 ebenda muß er also auch den Käufer gegen alle Ansprüche eines Dritten auf die verkaufte Sache vertreten.

Der Appellationsrichter hat unangefochten festgestellt, daß der Kläger im Rechtswege zur Herausgabe des vom Beklagten erkauften Grundstücks an die D.'schen Eheleute angehalten, daß mithin der Fall der Eviktion eingetreten ist. Nach seiner ferneren Feststellung hat in dem Vertrage vom 1. April 1874 zwar nicht der Beklagte die Gewährleistung bezüglich des den genannten Eheleuten vorbehaltenen Eigenthums ausdrücklich übernommen, aber auch andrerseits nicht der Kläger auf die Leistung dieser Gewähr verzichtet. Es hat hiernach der Appellationsrichter, indem er noch erwägt, ob etwa der Kläger des Gewährleistungsanspruchs verlustig gegangen sei, und diese Frage zu Gunsten des Klägers verneinend beantwortet, angenommen, daß dem Kläger das gesetzliche Recht, Gewährleistung zu fordern, zur Seite steht. Durch diese Annahme hat sich der Appellationsrichter mit den allegirten beiden Gesetzesvorschriften nicht in Widerspruch gesetzt. Die Leistung der Gewähr gehört zur Erfüllung eines Vertrages. — A.L.R. I. 5 § 317. Es bedurfte deshalb seitens des Beklagten, damit er in dieser Hinsicht verpflichtet wurde, nicht einer ausdrücklichen Uebernahme der Gewährleistung. Daß aber das fragliche Grundstück als eine dem Anspruche eines Dritten ausgesetzte Sache verkauft worden ist, daß also Beklagter bedungenermaßen dem Kläger nur ein solches Grundstück zu gewähren hatte, ist vom Appellationsrichter nicht festgestellt, und deshalb liegt auch nach dieser Richtung hin eine unrichtige Anwendung der §§ 135, 136 a. a. O. nicht vor.

Auf den Umstand, daß das vorbehaltene Eigenthum der D.'schen Eheleute zur Zeit des Abschlusses des Vertrages zwischen den Parteien im Grundbuche eingetragen war, ist von dem Appellationsrichter kein Gewicht gelegt; vielmehr ist derselbe der Annahme des ersten Richters entgegengetreten, welcher, gestützt auf die Vorschrift des A.L.R. I. 4 § 19 — daß sich Niemand mit der Unwissenheit einer in das Hypothekenbuch eingetragenen Verfügung entschuldigen kann, — die Wissenschaft der Kläger von dem Rechte der D.'schen Eheleute zur Zeit des Vertragsschlusses festgestellt hat. Der Appellationsrichter hat deduzirt:

> die Vorschrift des § 19 cit. beziehe sich nur auf denjenigen Berechtigten, dessen Rechte im Grundbuche eingetragen stehen, und gehe nur dahin, daß ihm gegenüber kein späterer Erwerber des Grundstücks auf eine Unkenntniß seiner Berechtigung sich

berufen dürfe; die Rechte, welche die Kontrahenten über ein Grundstück gegen einander haben, seien dagegen nach anderen rechtlichen Gesichtspunkten zu beurtheilen.

Bei diesen Aufstellungen befindet sich der Appellationsrichter in Uebereinstimmung mit den Ausführungen des preußischen Ober-Tribunals (Plenarbeschluß vom 18. Mai 1857, Entscheidungen Bd. 36 S. 1, Bd. 10 S. 16; Striethorst Archiv Bd. 82 S. 262, Bd. 96 S. 112). Das Reichsgericht hat keine Veranlassung, von der Rechtsanschauung des früheren höchsten Landesgerichtshofs hier abzuweichen. Damit erledigt sich der Vorwurf der Verletzung des § 19 I. 4 des Allgemeinen Landrechts durch Nichtanwendung. —

Inwieweit die Wissenschaft des Klägers von dem Rechte der D.'schen Eheleute zur Zeit des Vertragsschlusses an sich für die Beurtheilung des Rechtsstreits von Erheblichkeit ist, und inwieweit die fernere Annahme des Appellationsrichters,

> daß es auf die von dem Beklagten eingewendete Thatsache, daß Kläger bei der Auflassung des Grundstücks über die Bedeutung des Intabulats im Grundbuche belehrt worden sei und hierauf erklärt habe, er verlange nicht die Löschung desselben, nicht ankomme, weil es an dem Anhalte fehle, daß der Kläger bei dem Erwerbe des Grundstücks gewußt oder vorausgesehen habe, daß die Bedingung eintreten würde, nach welcher die D.'schen Eheleute das Grundstück als ihr Eigenthum würden zurückfordern können,

begründet erscheint, muß hier unerörtert bleiben, da nach dieser Richtung hin das Appellationsgerichtserkenntniß nicht angegriffen ist.

---

## Nr. 123.

**Ist die Gültigkeit einer Willenserklärung durch die Schriftform bedingt, so kann eine stillschweigende Willenserklärung mit rechtlicher Wirkung nicht eintreten.**

A.L.R. I. 4 §§ 58, 60.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 9. Januar 1880 in Sachen Sch. wider R. 79/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers gegen das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Posen ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Rüge der Verletzung des A.L.R. I. 5 § 131 und I. 11

§§ 654, 655 ist nicht begründet. Nach den letzteren Vorschriften kann nur derjenige, welcher sich durch einen gültigen Vertrag verpflichtet hat, einem Andern ein Darlehn zu geben, wegen Erfüllung dieses Versprechens in Anspruch genommen werden, und nach § 131 a. a. O. ist die Gültigkeit des Vertrages, wenn sich der Gegenstand desselben auf mehr als 150 M. beläuft, durch die Schriftlichkeit bedingt. In Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen hat der Appellationsrichter angenommen, daß im vorliegenden Falle, in welchem es sich um einen Gegenstand von 660 M. handelt, der Beklagte zur Hingabe des Darlehns an den Kläger nur durch ein schriftliches, ausdrückliches Versprechen verbindlich gemacht werden konnte. Er vermißt aber das Vorhandensein eines solchen Versprechens, indem nach seiner Feststellung der schiedsmännische Vergleich vom 20. März 1877 nur ein Anerkenntniß des Klägers, das Darlehn dem Beklagten zu verschulden, enthält, in demselben dagegen von einer ausdrücklichen Zusage des Beklagten, die Valuta des Darlehns an den Kläger zu zahlen, nicht die Rede ist. Der Appellationsrichter sieht deshalb den Vergleich an als einen von dem Schuldner einseitig ausgestellten Schuldschein, nicht aber als ein pactum de mutuando, einen Vertrag an, durch welchen der auf die Hingabe eines Darlehns gerichtete übereinstimmende Wille beider Kontrahenten zum Ausdrucke gelangt ist. — Der Implorant hat nun gegen diese Aufstellung geltend gemacht, daß die schriftliche Form des Vertrages durch den von beiden Theilen unterschriebenen Vergleich gewahrt sei. Er will somit ein entscheidendes Gewicht darauf gelegt wissen, daß auch der Beklagte den Vergleich unterschrieben hat. Allerdings kann aus der von dem Appellationsrichter gebrauchten Bezeichnung der fraglichen Urkunde als eines schiedsmännischen Vergleichs die Thatsache der Mitvollziehung durch den Beklagten gefolgert werden. Allein diese Thatsache, welche sich nur vom Gesichtspunkte einer stillschweigenden Willensäußerung beurtheilen läßt, ist unerheblich, denn in denjenigen Fällen, in welchen die Gültigkeit der Willenserklärung durch die Schriftform bedingt ist, kann eine stillschweigende Willensäußerung (A.L.R. I. 4 § 58) mit rechtlicher Wirkung nicht eintreten (§ 60 ebenda). Der Wille des Erklärenden soll gerade durch die Schrift zum Ausdrucke gelangen, und deshalb kann auch nur dasjenige als Willenserklärung angesehen werden, was sich nach dem Inhalte der Schrift als solche ergiebt. Die

Unterschrift hat den Zweck, das in der Schrift Ausgesprochene als Wille des Unterschreibenden zu dokumentiren. (A.L.R. I. 5 §§ 131, 120, 116. Vgl. Entsch. des preußischen Ober-Tribunals Bd. 72 S. 253; Striethorst Archiv Bd. 88 S. 293.) — Aus wesentlich demselben Grunde hat der Appellationsrichter mit Recht dem Umstande, daß der Beklagte das Schuldbekenntniß des Klägers angenommen hat, keine Bedeutung beigelegt. (Vgl. Erkenntnisse des preußischen Ober-Tribunals, Simon Rechtsspr. Bd. 1 S. 120, Entsch. Bd. 6 S. 313; Striethorst Archiv Bd. 9 S. 119.) — Es hat sich sonach der Appellationsrichter, wenn er ein ausdrückliches Darlehnsversprechen verlangte und sich nicht einer Würdigung der Thatsache unterzog, ob in der Vollziehung des Schiedsmannsvergleichs durch den Beklagten eine stillschweigende Konsentirung des letzteren in die Hingabe des Darlehns enthalten sei, einer Verletzung der gedachten Gesetzesvorschriften nicht schuldig gemacht.

---

## Nr. 124.

**Die Erklärung des Gläubigers, durch das Empfangene wegen seines Anspruchs befriedigt zu sein, enthält zwar die Bestimmung der Vereinbarung, aber noch nicht ihre wirkliche Erfüllung. Sie bedarf deshalb zu ihrer Gültigkeit der Schriftform, sofern diese dem Objekt nach erforderlich ist.**

A.L.R. I. 5 §§ 134, 146, 155, I. 16 § 405.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 12. Dezember 1879 in Sachen des Besitzers K. wider den Kaufmann K. 75/79.)

Die Revision des Provokanten gegen das Erkenntniß des vormaligen preußischen Appellations-Gerichts zu Marienwerder ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Das nach der Behauptung des Provokanten zwischen ihm und seinem ursprünglichen Gläubiger, Besitzer J., getroffene Abkommen bedurfte zu seiner Rechtsgültigkeit, da es sich um einen den Betrag von 150 M. übersteigenden Gegenstand handelte, der schriftlichen Abfassung. Es kann hierbei dahin gestellt bleiben, wie dieses Abkommen rechtlich zu qualifiziren ist, ob als Vergleich oder als einfacher Verzicht, weil in beiden Fällen die schriftliche Form erforderlich war. Die Abrede begründete daher für den J. keine Verpflichtung zur Erfüllung, A.L.R. I. 5 §§ 155 ff. Daß aber bereits die Erfüllung stattgefunden habe und deshalb, wie Revident vermeint, die Vorschrift des § 146 ebenda zur Anwendung kommen müsse, nach

welcher, wenn ein Vertrag über bewegliche Sachen von beiden Theilen sogleich erfüllt wird, zur Anfechtung des solchergestalt abgemachten Geschäfts der Mangel eines schriftlichen Vertrages nicht vorgeschützt werden darf, kann nach Lage der Sache nicht angenommen werden.

Das preußische Ober-Tribunal hat in seiner Entscheidung vom 27. Mai 1872, Striethorst Archiv Band 85 S. 176, welcher ein dem vorliegenden gleichartiges Sachverhältniß zum Grunde liegt — unter Abweichung von den in älteren Entscheidungen (Striethorst Archiv Bd. 2 S. 45; Bd. 26 S. 44; Bd. 49 S. 114, 326; Entscheidungen Bd. 15 S. 83) aufgestellten Grundsätzen — ausgeführt:

> Die Erklärung des Gläubigers, durch das Empfangene wegen seiner Forderung befriedigt zu sein und auf weitere Ansprüche zu verzichten, enthalte zwar die Bestimmung der Vereinbarung, aber noch nicht ihre wirkliche Erfüllung. Als eine bloß mündliche sei sie für den Gläubiger von keiner bindenden Kraft und ihm nicht hinderlich, seine darin aufgegebenen Rechte gegen den Schuldner noch geltend zu machen. Um eine Erfüllung annehmen zu können, müssen Leistungen hinzugekommen sein, durch welche der Gläubiger den mündlich erklärten Verzicht auch thatsächlich zur Ausführung gebracht habe.

Sich von dieser auf positives Gesetz gegründeten Rechtsprechung des höchsten Landesgerichtshofs zu entfernen, bietet der vorliegende Fall keinen Anlaß. Sonach ist aber, da Provokant derartige Leistungen und Handlungen, die als eine Erfüllung des mündlichen Verzichts durch J. angesehen werden könnten, nicht behauptet hat, die Annahme, daß die Abrede auch von J., also von beiden Theilen, erfüllt sei, ausgeschlossen.

---

## Nr. 125.

**Durch vorbehaltlose Entgegennahme der Auflassung verliert der Grundstückskäufer seine Ansprüche wegen Mangels gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften des Kaufgrundstücks, falls dieser Mangel ihm bereits vor der Auflassung bekannt geworden war.**

A.L.R. I. 5 §§ 325 ff., I. 10 § 1.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 18. Januar 1880 in Sachen B., Beklagten, wider R., Kläger. 98/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde wider das Erkenntniß des preußischen Kammergerichts ist für begründet erachtet aus folgenden

Gründen:

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten macht dem Vorderrichter Nichtberücksichtigung der eingewendeten Behauptung zum Vorwurfe: Kläger habe zum Beklagten vor der Auflassung gesagt:

„er, Beklagter, könne ihm das Haus wohl billiger lassen, denn in zwei Kellerräumen sei Schwamm,“

und trotzdem die Auflassung angenommen.

Sie rügt Verletzung von Gesetzesvorschriften und des Rechtssatzes: Durch vorbehaltlose Entgegennahme der Auflassung verliert der Grundstückskäufer seine Ansprüche wegen Mangels gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften des Kaufgrundstücks, falls dieser Mangel ihm bereits vor der Auflassung bekannt geworden.

Der Vorderrichter hat die Behauptung, deren Nichtberücksichtigung gerügt ist, für unerheblich erachtet. Er giebt dafür wörtlich folgende Gründe:

Denn die Auflassung mußte Kläger auf Grund des schon früher geschlossenen Vertrags entgegennehmen, ohne daß ihm sein Recht auf die Einrede des Minderwerthes verloren ging, und ohne daß eine stillschweigende Genehmigung der Vertragserfüllung des Beklagten seitens des Klägers anzunehmen ist, und aus der Aeußerung des Klägers betreffs des Vorhandenseins des Schwamms und der Wissenschaft des Klägers von dessen Vorhandensein, eingetreten erst nach Abschluß des Vertrags, folgt noch nicht, daß dieser Fehler in die Augen fallend sei, also eine sofortige Rüge hätte eintreten müssen.

Damit hat der Vorderrichter folgende Sätze aufgestellt:

1) Der Käufer muß zum vertragsmäßig festgesetzten Uebernahmetermine die erkaufte Sache abnehmen, auch wenn sie fehlerhaft ist;
2) deshalb ist in der Annahme der Auflassung zum verabredeten Auflassungstermine keine Genehmigung der Vertragserfüllung zu finden und geht das Recht auf die Einrede des Minderwerths nicht verloren;
3) trotz der Wissenschaft von dem im Vorhandensein von Schwamm bestehenden Fehler hat der Käufer eines Grundstücks nicht nöthig, diesen Fehler zu rügen.

Diese Sätze verstoßen allerdings gegen den von der Nichtigkeitsbeschwerde als vorhanden behaupteten Rechtssatz, welcher als richtig anzuerkennen ist. Denn wenn auch der Käufer, welcher beim Ge-

schäfte stehen bleiben und die Vergütung des Minderwerths wegen des Fehlers geltend machen will, die Sache zum vereinbarten Termine übernehmen muß, so geht doch der Vorderrichter mit den beiden anderen Sätzen fehl. Der Käufer darf bei der Uebernahme den ihm bekannten Fehler nicht ungerügt lassen, und die Entgegennahme der Auflassung ohne Rüge enthält eine Genehmigung der Vertragserfüllung.

Freilich befassen sich §§ 329 ff. A.L.R. I. 5 nur mit den Fällen, wo der Empfänger sich im Irrthum über das Vorhandensein gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften befindet, während Beklagter einwendet, Kläger habe sich bei der Uebernahme in Kenntniß von dem Fehler befunden. Indessen folgt aus allgemeinen Grundsätzen, daß ein Käufer, welcher eine Sache, wissend, daß ihr bestimmte gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften fehlen, trotzdem ohne Rüge übernimmt, auf den Fehler kein Gewicht legt, vielmehr zu erkennen giebt, daß er die mangelhafte Vertragserfüllung als eine ihn zufriedenstellende annimmt.

Die Entgegennahme der Auflassung einer unbeweglichen Sache muß aber als Annahme der Vertragserfüllung seitens des Verkäufers erachtet werden. Es mag zuzugeben sein, daß die seit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 5. Mai 1872 zum Eigenthumserwerbe erforderliche Auflassung nicht durchweg gleichbedeutend ist mit der wirklichen Uebergabe des A.L.R. I. 10 § 1, insofern als sie nur die rechtliche Herrschaft des Erwerbes begründet, ihn aber noch nicht in den thatsächlichen Besitz der erkauften Sache bringt. Indessen ist nicht abzusehen, weshalb die Pflicht des die Eigenthumsübertragung entgegennehmenden Käufers, Fehler zu rügen, anders zu beurtheilen sein sollte, als die Pflicht des Käufers, welcher nur die Naturübergabe entgegennimmt und, weil ihm noch nicht aufgelassen ist, durch die Uebergabe Eigenthümer nicht wird. Die Konsequenz, daß einem Käufer, welcher die Naturalübergabe sich erst leisten ließ, nachdem er bereits mehrere Jahre zuvor die Auflassung erhalten hatte, noch bei der Naturalübergabe die Rüge von ihm bereits bei der Auflassung bekannten, nicht in die Augen fallenden Fehlern mit Erfolg zu gestatten sei, würde zur vollständigen Rechtsunsicherheit führen.

(Bei freier Beurtheilung ist der Klageanspruch für gerechtfertigt erachtet, weil in der oben erwähnten Aeußerung des Klägers eine genügende Rüge gefunden worden ist.)

## Nr. 126.

**1. Genügt zur Begründung der Klage des Akzeptanten eines Wechsels auf Deckung gegen den Trassanten (s. g. Revalirungsklage) allein die Thatsache, daß ersterer den Wechsel eingelöst hat?**

**2. Besteht zwischen den einzelnen Wechselverbundenen ein Korrealverhältniß?**

D.W.O. Art. 23. A.L.R. I. 5 §§ 443, 444.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 7. April 1880 in Sachen des Gewerken M., Beklagten, wider die Bergbau- und Hütten-Aktiengesellschaft L.R., Klägerin. 79/80.)

Auf die Revision des Beklagten ist das Erkenntniß des frühern preuß. Appell.-Gerichts zu Arnsberg aus hier nicht interessirenden Gründen abgeändert. Ueber die oben aufgeworfenen Fragen spricht sich das Reichsgericht dahin aus:

Es entsteht die Frage, ob es auf die Behauptung, die Akzeptation der Wechsel sei aus Gefälligkeit erfolgt, überhaupt ankomme, oder ob nicht vielmehr der Umstand, daß die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der Akzeptantin die von ihr vorgelegten Wechsel eingelöst habe, zur Begründung der Klage auf Deckung gegen den Beklagten als Aussteller genüge, und es Sache des letzteren gewesen wäre, seinerseits die Umstände darzulegen und unter Beweis zu stellen, welche den Anspruch der Klägerin auf Deckung in dem vorliegenden Falle als unbegründet erscheinen lassen könnten.

Die Ansicht, daß zur Begründung der Klage des Akzeptanten eines Wechsels auf Deckung gegen den Trassanten (der sogenannten Revalirungsklage) die Thatsache, daß ersterer den Wechsel eingelöst habe, genüge, wird allerdings von angesehenen Rechtslehrern vertheidigt; hat auch vielfach in den Erkenntnissen der Gerichtshöfe Anerkennung gefunden. Derselben kann indessen nicht beigetreten werden.

In der Tratte liegt an und für sich kein Grund, welcher den Trassanten zur Schadloshaltung des Bezogenen für die Akzeptation und Zahlung des Wechsels verpflichten könnte.

Allerdings enthält die Tratte eine Aufforderung an den Bezogenen, die Wechselsumme zu zahlen, indessen ist es bei dieser Aufforderung nur darauf abgesehen, daß der Bezogene seinerseits durch die Akzeptation eine Wechselverpflichtung übernehme und demnächst erfülle. Erfahrungsmäßig ist bei dem Ziehen eines Wechsels keines-

wegs immer die Absicht vorhanden, daß der Bezogene einen Anspruch auf Schadloshaltung für die in Folge seiner Akzeptation geschehene Einlösung des Wechsels haben solle; vielmehr liegen verschiedenartige Rechtsverhältnisse dem Ziehen und der Akzeptation eines Wechsels zu Grunde; insbesondere kommt es auch vor, daß durch den Wechsel eine Schuld des Akzeptanten an den Trassanten getilgt, sowie daß die Deckung von einem Andern, als dem Trassanten, dem Akzeptanten gewährt werden soll. Die in dem Wechsel enthaltene Aufforderung zur Zahlung kann also, wenn der Bezogene in Folge hiervon akzeptirt und gezahlt hat, für sich allein die actio mandati contraria gegen den Trassanten nicht begründen, da nach den im Verkehr herrschenden Grundsätzen in einer solchen Aufforderung nicht eine Willenserklärung des Inhalts gefunden werden kann, daß der Trassant dem Bezogenen für die Deckung verpflichtet sein solle.

Der Akzeptant, welcher einen Wechsel eingelöst hat, muß daher, wenn er den Trassanten auf Deckung in Anspruch nehmen will, besonders darlegen, daß eine derartige Verpflichtung in dem dem Wechselzuge zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse begründet sei.

Die Wechsel-Ordnung enthält in der Vorschrift des Artikel 23, wonach der Bezogene auch dem Aussteller eines gezogenen Wechsels wechselmäßig haftet, eine Bestätigung dafür, daß die Tratte für sich allein nicht geeignet ist, eine Verpflichtung des Ausstellers zur Deckung des Akzeptanten zu begründen. Denn andernfalls würde der Akzeptant ohne weitere thatsächliche Begründung auf Grund seines aus der Tratte selbst sich ergebenden Anspruchs auf Deckung eine Einrede gegen die Wechselklage des Ausstellers vorschützen können, der Bezogene also, vielleicht von Ausnahmefällen abgesehen, nicht schon, wie der Artikel bestimmt, aus dem Akzepte, sondern nur dann dem Aussteller haften, wenn dieser durch Anführung weiterer Thatsachen eine derartige Einrede entkräftete.

Hiernach kann der von der Klägerin erhobene Anspruch nur dann als gerechtfertigt angesehen werden, wenn sie den Beweis führt, daß B. aus Gefälligkeit für den Verklagten die in Rede stehenden Wechsel akzeptirt habe. Die Klägerin hat ihre Klage auch durch Berufung auf die Paragraphen 443, 444 A.L.R. I. 5 zu rechtfertigen gesucht. Es ist indessen nicht richtig, daß zwischen den einzelnen Wechselverbundenen ein Korrealverhältniß besteht. Jeder einzelne Begebungsakt begründet für die betreffende Person eine selbst-

ständige Verpflichtung, und es fehlt daher an dem wesentlichen Erforderniß der Korrealität, an der Verpflichtung aus einem und demselben Rechtsgrunde.

---

## Nr. 127.

**Besitzstörung durch Erwirkung des richterlichen Mandats, einen Weg bei Strafe nicht zu betreten.**

A.L.R. I. 7 §§ 141 ff.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (III. Hülfssenat) vom 7. Februar 1880 in Sachen v. P. wider R. 220/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten gegen das Erkenntniß des vormaligen preußischen Kreisgerichts in Stolp ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der erste Richter findet eine Störung des Klägers im Besitze des streitigen Wegerechts darin, daß der Beklagte gegen ihn wegen der Ausübung desselben ein richterliches Strafmandat erwirkt hat.

Mit Unrecht beschuldigt die Nichtigkeitsbeschwerde denselben deshalb der Verkennung des Wesens der Turbation und der Verletzung des A.L.R. I. 7 §§ 141, 142, 146—148, 150 und 154. Denn da der Kläger nach Erlaß des Strafmandats den fraglichen Weg nicht ferner benutzen kann, ohne sich der Bestrafung auszusetzen, so lange er nicht sein Recht zu dieser Benutzung nachgewiesen hat, so enthält die Erwirkung jenes Mandats ein Hinderniß derselben, mithin eine Störung des klägerischen Rechtsbesitzes.

(Vgl. Striethorst Archiv Bd. 70 S. 297.)

---

## Nr. 128.

**Die Vorschriften A.L.R. I. 8 §§ 139, 140 beziehen sich nur auf Gebäude. Zu diesen sind Treppen und Aborte nicht zu rechnen.**

A.L.R. I. 8 §§ 139, 140, 141.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 22. Dezember 1879 in Sachen M. wider H. 33/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Hamm ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Kläger verlangt die Entfernung einer von dem Beklagten in dem zwischen den Grundstücken der Parteien belegenen Raume

errichteten Treppe nebst Abtritt. Nach A.L.R. I. 8 § 141 kann Jeder auf seinem Grund und Boden so nahe an die Grenze und so hoch bauen, als er es für gut findet. Die §§ 139 und 140 das. enthalten insofern die Ausnahmen von dieser Regel, als neu errichtete Gebäude, wenn nicht besondere Polizeigesetze etwas Anderes vorschreiben, von älteren schon vorhandenen Gebäuden des angrenzenden Nachbars wenigstens drei Werkschuhe, und, wenn die Gebäude auf einen unbebauten Platz des Nachbars stoßen, wenigstens anderthalb Werkschuhe von der Eigenthumsgrenze zurücktreten müssen. Die angezogenen Paragraphen handeln also von dem sogenannten Recht des Zwischenraums und beziehen sich nur auf Gebäude, und zwar auf neu errichtete, d. h. auf solche, welche auf einem Platze errichtet werden, worauf bis dahin noch kein Gebäude gestanden hat. (Vgl. Plenarbeschluß des früheren preuß. Ober-Tribunals vom 11. Mai 1846, Entscheid. Bd. 13 S. 27.) Der Kläger hat nun ausgeführt, die Treppe, welche der Verklagte errichtet habe, sei als integrirender Theil des Anbaues desselben anzusehen, weil sie zum Aufgange für die Küche diene, und weil ohne sie das Hintergebäude des Verklagten in seiner jetzigen Beschaffenheit seine Bestimmung nicht erfüllen könne. Deshalb müsse die Treppe, — ebenso wie wenn das Gebäude selbst mit seiner Umfassungsmauer auf der Stelle, auf welcher sich die Treppe befindet, stünde, — bis auf drei Fuß von seinem, des Klägers, Hintergebäude entfernt werden, und die gleiche Verpflichtung liege dem Verklagten hinsichts des Abtritts ob, da auch dieser als ein Gebäude angesehen werden müsse, weil er ein umschlossener Raum sei und jedenfalls zeitweilig zum Aufenthalte Menschen diene. Dem gegenüber hat der Appellationsrichter festgestellt, daß die hier in Rede stehende Freitreppe, welche für sich aufgeführt sei und als besonderer Zugang zu dem Gebäude des Verklagten diene, insoweit allerdings als ein Theil dieses Gebäudes zu betrachten sei, daß sie sich jedoch nur als ein Anhängsel desselben darstelle, auf welches die mehrgedachte Vorschrift nicht Anwendung finde, und daß sie für sich keinesfalls als ein Gebäude im gesetzlichen Sinne betrachtet werden könne, da unter Gebäude ein durch Umfassungsmauern oder Wände umschlossener und gewöhnlich bedachter Raum über der Erde verstanden werde, der ein Behältniß zum Aufenthalt von Menschen oder Vieh oder zur Aufbewahrung beweglicher Gegenstände darstelle, und er hat ferner hinsichts des Abtritts die Feststellung getroffen, daß

derselbe, indem er durch Benutzung des Podestes und durch Verkleidung des unter demselben befindlichen Raumes vermittelst Bretter nach der Hofseite zu geschaffen worden, zwar einen geschlossenen Raum bilde, welcher auch zeitweilig zum Aufenthalte von Menschen diene, daß er aber als ein selbständiges Gebäude oder Bauwerk nicht aufgefaßt werden könne, da die Art, wie dieser umschlossene Raum gewonnen, eine solche sei, daß auf denselben nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch die Bezeichnung „Gebäude" keine Anwendung finde. Die vorstehenden Erwägungen, auf Grund deren der Appellationsrichter zu der das erste abweisende Erkenntniß bestätigenden Entscheidung gelangt ist, sind, wie ihr Inhalt ergiebt, vorwiegend thatsächlicher Natur, welche vom Imploranten nicht angegriffen worden sind und auch im Wege der Richtigkeitsbeschwerde mit Erfolg nicht angefochten werden können. Ein Rechtsirrthum ist in denselben gleichfalls nicht zu erblicken, sie entsprechen vielmehr im Wesentlichen den Grundsätzen, welche auch bereits wiederholt von dem früheren preußischen Ober-Tribunal, namentlich in dem schon gedachten Plenarbeschluß vom 11. Mai 1846 — Entscheid. Bd. 13 S. 27 — sowie in den Entscheidungen vom 14. Mai 1857 — Entscheid. Bd. 36 S. 32 — vom 12. März 1862 — Striethorst Archiv Bd. 48 S. 240 — vom 20. Februar 1866 — das. Bd. 61 S. 353 — als richtig angenommen worden sind. Der dem Appellationsrichter gemachte Vorwurf, die §§ 139 und 140 A.L.R. I. 8 durch unrichtige Anwendung verletzt zu haben, erscheint demnach verfehlt.

---

## Nr. 129.

**Die Vorschrift des A.L.R. I. 8 § 140 gilt auch dann, wenn der Nachbar gebaut hat, bevor die Grenzlinie ausgemittelt ist. Der Bauende muß von der demnächst im Prozesse festgestellten richtigen Grenze 1½ Werkschuh entfernt bleiben.**

A.L.R. I. 8 § 140, I. 17 §§ 380, 381.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 5. Januar 1880 in Sachen P. wider Z. 23/79.)

Die Richtigkeitsbeschwerde der Kläger wider das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Cöslin ist für begründet erachtet und das erste Erkenntniß wiederhergestellt aus folgenden

Gründen:

Kläger haben — was zulässig, Entscheid. des Ober-Tribunals

Bd. 64 S. 335 — den Antrag auf Feststellung der Grenze (actio finium regundorum) mit der Klage auf Zurückziehung wegen Ueberschreitens der gesetzlichen Baulinie (actio confessoria, Entsch. Bd. 70 S. 106) verbunden. Auf die Klage aus A.L.R. I. 8 § 140 hat der erste Richter erkannt: unter 2 des Tenors, daß Beklagter schuldig, das 1877 errichtete Stallgebäude, soweit es nicht auf der Stelle, an welcher sich das Fundament des alten Stallgebäudes befunden hat, errichtet ist, anderthalb Werkschuh von der oben bezeichneten Linie zurückzuverlegen. Infolge der Appellation des Beklagten ist vom zweiten Richter die Klage auf Zurückziehung bis zur gesetzlichen Baulinie abgewiesen worden. Der Appellationsrichter legt in Betreff des noch fraglichen Gebäudes, des Anbaues, darauf Gewicht, daß nicht feststehe, ob je eine Grenze zwischen den Grundstücken der Parteien vorhanden gewesen, daß jedenfalls diese Grenze nicht ermittelt worden, sondern daß erst im gegenwärtigen Verfahren ein Grenzzug gefunden sei. Dieser Grenzzug scheide fortan die Grundstücke der Parteien, könne aber hier nicht für die Bestimmung einer Baulinie nach § 140 a. a. O. maßgebend sein, da er bei Beginn und Ausführung des vom Beklagten auf seinem Grund und Boden errichteten Baues noch nicht festgestanden habe.

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Kläger erscheint begründet.

Die §§ 139, 140 a. a. O. enthalten gesetzliche Einschränkungen der Baubefugniß zum Besten des Nachbars. Nach § 140 muß ein neues Gebäude von einem unbebauten Platze des angrenzenden Nachbars anderthalb Werkschuh zurücktreten. Dieser Zwischenraum ist nach der wahren Grenzlinie, der Eigenthumsgrenze, zu bestimmen, Striethorst Archiv Bd. 23 S. 195. Ist ein erkennbarer oder anerkannter Grenzzug überhaupt noch nicht vorhanden gewesen, oder ist eine Verdunkelung oder Ungewißheit der bestandenen Grenzen eingetreten, Tit. 17 § 372 a. a. O., Striethorst Bd. 49 S. 137, Entscheid. Bd. 56 S. 151, so wird dadurch der, welcher bauen will, von der fraglichen gesetzlichen Einschränkung noch nicht frei. Es ist im Fall eines Grenzstreites seine Sache, vor dem Bau den Streit entweder im Wege der Einigung oder durch Anrufung des Richters zu beseitigen, Grein, Baurecht, 2. Auflage S. 43. Baut er dennoch, — ohne ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Nachbars, — so muß er auch für die Frage des Zwischenraumrechts die vom Nachbar veranlaßte richterliche Grenzbestimmung als maßgebend

anerkennen. Dabei kann nicht mit dem zweiten Richter unterschieden werden, ob eine vormalige richtige Grenze nicht auszumitteln gewesen, und ob deshalb — wie im vorliegenden Falle — der Richter die Eigenthumsgrenze gemäß A.L.R. I. 17 § 380 nach dem bisherigen Besitzstande festgesetzt hat. Diese Grenze gilt für die wahre Grenzlinie nicht nur „fortan," sondern auch für die Beurtheilung der gegenwärtigen Streitfrage, wenn die Kläger das Recht auf Einschränkung nicht durch stillschweigende Einwilligung nach A.L.R. I. 22 § 43 verloren haben, Entscheid. Bd. 9 S. 12. Von demselben Gesichtspunkte ist das Ober-Tribunal, Striethorst Bd. 23 S. 194, in einem Falle nach § 381 Tit. 17 ausgegangen.

---

## Nr. 130.

**Was ist unter „gewöhnlichem Wasserstande" von Seen oder Flüssen zu verstehen?**

A.L.R. I. 9 §§ 242, 248.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 4. März 1880 in Sachen der Pfarre zu B., Beklagte, wider den preuß. Domainenfiskus, Kläger. 52/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Cöslin ist für begründet erachtet aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter stellt die anderweit nicht zu ermittelnde Grenze zwischen der klägerischen Pfarrwiese und dem dem verklagten Fiskus gehörigen Bittersee dahin fest, daß dieselbe durch die Linie des höchsten Wasserstandes, wie solcher ohne außergewöhnliche Naturereignisse regelmäßig durch die von Zeit zu Zeit namentlich beim Eintritt des Frühjahrs sich einstellenden, größeren Wassermassen eintritt, gebildet wird.

Zu dieser Feststellung gelangt er, indem er in Erwägung zieht, wie weit bei Gewässern einerseits das Bett des Wassergrundstücks und andererseits das Ufer des Adjazenten sich erstreckt. Er meint, daß bei dem Mangel ausreichender Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts sich die Beantwortung dieser Frage aus dem gemeinen Rechte ergebe, und, indem er sich auf verschiedene Gesetzesstellen in den Justinianischen Rechtsbüchern beruft, gelangt er zu dem Resultate, daß die Grenze zwischen der klägerischen Wiese und dem See des Beklagten durch die Linie nicht des mittleren, sondern des höchsten

Wasserstandes, wie solcher ohne außergewöhnliche Naturereignisse, zum Beispiel Platzregen, regelmäßig eintritt, gebildet wird.

(Es werden dann die Angriffe der Beklagten mitgetheilt, und die Richtigkeitsbeschwerde für begründet erachtet. Zuerst ist ausgeführt, daß die Vorschriften des gemeinen Rechts, wenn man es überhaupt anwenden könnte, kein sicheres Resultat ergeben. Dann wird fortgefahren:)

Gesetzt aber auch, der Appellationsrichter hätte die Vorschriften des gemeinen Rechts für sich, so verstößt er gegen A.L.R. Einleit. § 49. Mögen immerhin die gemeinrechtlichen Bestimmungen, insbesondere in der Art, wie sie zur Zeit der Entstehung des Allgemeinen Landrechts aufgefaßt wurden, insofern von Werth für die Auslegung der landrechtlichen Vorschriften sein, als sich aus diesen ergiebt, daß sie nichts Neues oder Eigenthümliches haben festsetzen wollen. Lediglich der Umstand, daß das Allgemeine Landrecht nach Ansicht des Richters keine ausreichende Bestimmung über eine spezielle Frage enthält, berechtigt jenen noch nicht, ohne Weiteres auf das gemeine Recht zurückzugehen und die Frage nach diesem zu entscheiden. Nach § 49 a. a. O. ist der Richter gehalten, wenn er kein Gesetz findet, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, nach den in dem Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen seiner besten Einsicht gemäß zu erkennen. Wenn daher das Allgemeine Landrecht keine direkte Bestimmung über die vorliegende Frage enthält, hatte der Appellationsrichter zu prüfen, ob sich darin nicht Vorschriften befinden, welche durch analoge Anwendung die Entscheidung der Frage ermöglichen, und solche Vorschriften enthält das Allgemeine Landrecht allerdings.

Der § 242 A.L.R. I. 9 schreibt vor:

> So lange eine Erderhöhung in dem Flußbette eines Stroms, bei gewöhnlichem Wasserstande, mit einem gemeinen Fischernachen umfahren werden kann, ist sie als eine Insel anzusehen,

und der auf die Feststellung des Eigenthums an einer im Flusse entstandenen Insel bezügliche § 248 a. a. O. verordnet:

> Die Breite des Flusses wird dabei nach Linien bestimmt, die von denjenigen Punkten beiderseitiger bei gewöhnlichem

Wasserstande sichtbarer Ufer, welche den beiden Enden der Insel gegenüberliegen, quer über den Fluß gezogen werden.

Beide Paragraphen enthalten Vorschriften, bei denen es darauf ankommt, festzusetzen, bis wie weit das Flußbett reicht und wo das Ufer anfängt, und beide bestimmen, daß dabei auf den gewöhnlichen Wasserstand Rücksicht zu nehmen ist. Sie handeln zwar zunächst nur von Flüssen, beziehungsweise dem Bette derselben, lassen aber eine analoge Anwendung auf das Bette von Landseen zu.

Der § 242 a. a. O. ist anerkanntermaßen auf den § 41 der Wasser- und Uferordnung vom 2. Dezember 1774 für den Rheinstrom im Hztb. Cleve zurückzuführen, welcher bereits eine ähnliche Bestimmung enthält und dabei den „mittelmäßigen Wasserstand“ als den maßgebenden bezeichnet. Es entspricht danach der Absicht des Gesetzes, unter dem gewöhnlichen Wasserstande den mittleren zu verstehen, d. h. denjenigen, welcher zwischen dem niedrigsten und dem höchsten Wasserstande die Mitte hält, wobei freilich außergewöhnliche Ueberströmungen im Sinne des § 272 a. a. O. außer Betracht bleiben müssen. In Anbetracht dessen ist in dem von der Richtigkeitsbeschwerde in Bezug genommenen Erkenntnisse des früheren Ober-Tribunals vom 22. Oktober 1874 in Sachen Fiskus wider Schiffka zutreffend ausgeführt, daß, falls die Grenze zwischen einem Landsee, welcher sich im Privateigenthum befindet, und dem angrenzenden Lande anderweit nicht ermittelt werden kann, der Wasserspiegel des Sees bei mittlerem Wasserstande als die Grenze zu betrachten ist. Dem steht auch das von dem Appellationsrichter erwähnte, mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des damals vorliegenden Falls ergangene Erkenntniß des früheren Ober-Tribunals vom 22. Oktober 1863 (Striethorst Archiv Bd. 51 S. 157) nicht entgegen. Wenn darin ausgeführt wird, daß dabei, was unter dem Flußbette zu verstehen ist, das alljährlich und von Zeit zu Zeit eintretende Hochwasser ebenfalls berücksichtigt werden müsse, so ist dies gewiß richtig, denn das regelmäßig wiederkehrende Hochwasser führt den höchsten Wasserstand herbei, und dieser ist bei Feststellung des mittleren Wasserstandes zu berücksichtigen.

(Die weiteren Gründe interessiren nicht.)

---

## Nr. 181.

**Betrifft der Eigenthumserwerb durch Inädifikation nur diejenige Fläche, welche mit Gebäuden besetzt ist, oder auch solche Flächen, welche für den Gebrauch der bebauten Fläche unentbehrlich sind (z. B. Wege)?**

A.L.R. I. 9 § 332.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (III. Hülfssenat) vom 7. Februar 1880 in Sachen des Rentiers Sch., Beklagten, wider den Arbeitsmann K., Kläger. 143/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten wider das Erkenntniß des vormaligen preußischen Appellations-Gerichts zu Halberstadt ist für begründet erachtet aus folgenden

Gründen:

Der Kläger ist eingetragener Eigenthümer des Planstücks 138 der K.-O. Flur, an welchem er dem Gastwirth K. eine an dessen Grundstück grenzende Fläche mündlich ohne Auflassung verkauft hat. Dieser bebaute davon 1,5 □ Ruthen mit einem Theile seines Gasthauses und einem Abort, verwandte 1,87 □ Meter als Senkgrube bezw. Vorraum des letzteren und legte auf der Restfläche eine Kegelbahn an.

Später wurde das K.'sche Gasthaus „nebst Zubehör" nothwendig subhastirt und dem Beklagten zugeschlagen, welcher in Folge dessen gegen die von dem Kläger erhobene Vindikation der verkauften Fläche einwendet, daß dieselbe durch Inädifikation und Zuschlag in sein Eigenthum übergangen sei.

Der Appellationsrichter hält den Einwand der Inädifikation nach A.L.R. I. 9 § 332 nur bezüglich der bebauten 1,5 □ Ruthen für begründet, weil der Erwerb durch Inädifikation danach nur soweit gehe, als die betreffende Fläche mit Gebäuden besetzt sei, und sich nicht auf die zu denselben führenden Wege 2c. erstrecke. Er beschränkt also die bezeichnete Vorschrift grundsätzlich auf den Baugrund (die area) der Gebäude.

Hierin ist ihm nicht beizustimmen.

Das gemeine Recht betrachtet die mit dem Boden fest verbundenen Sachen als nothwendige Akzessionen desselben, an denen ein getrenntes Eigenthum rechtlich nicht denkbar ist, welche daher kraft des Gesetzes dem Grundeigenthümer gehören. In Folge davon fällt auch das Eigenthum an Gebäuden hier schlechthin zusammen mit dem Eigenthume des Baugrundes (quod inaedificatur solo cedit),

l. 29 J. de rerum div. 2,1;

l. 7 § 10 D. de acqu. rerum dom. 41. 1,

ein Satz, welcher auf die naturalis ratio zurückgeführt wird.

Gaji Instit. 2 § 73,

l. 2 D. de superficiebus 43, 18.

Der Eigenthumserwerb durch Inädifikation vollzieht sich danach zu Gunsten des Grundeigenthümers mit Rechtsnothwendigkeit (als nothwendiger Erwerb), unter Ausschluß aller Billigkeitsrücksichten.

Im direkten Gegensatz zu dieser formellen Strenge will das Allgemeine Landrecht, seinem Geiste vollkommen entsprechend, auch bei dem Bau auf fremdem Boden die Billigkeit und daher vor allem den Willen der Betheiligten, sowie andererseits den bösen Glauben derselben berücksichtigt wissen.

Der grundsätzliche Ausschluß des Sondereigenthums am Boden und an der damit verbundenen Sache ist dem Allgemeinen Landrecht fremd; vgl. z. B. § 221 I. 9 daselbst. Dasselbe erkennt daher auch nicht bloß einen nothwendigen, sondern in vielen Fällen nur einen „unmittelbaren" Erwerb der letzteren in dem Sinne an, daß derselbe erst durch ihre Besitznahme oder Zueignung, also durch einen besonderen Willensakt des Erwerbenden (des Grundeigenthümers oder eines Dritten) vollendet wird, aber ebensowohl unterbleiben kann; vgl. §§ 5, 244, 246, 251, 263 a. a. O.

Namentlich ist die Möglichkeit eines getrennten Eigenthums am Gebäude und am Baugrunde nach A.L.R. I. 9 § 28 und I. 22 § 243 nicht zweifelhaft, und demgemäß auch der Erwerb durch Inädifikation in den §§ 327 ff. I. 9 daselbst nicht als nothwendiger, sondern nur als unmittelbarer Erwerb in dem gedachten Sinne behandelt.

Die bezeichneten Vorschriften gehen dabei von der Voraussetzung aus, daß das auf fremdem Boden errichtete Gebäude an sich Eigenthum des Bauenden wird, und das Eigenthum des Baugrundes an sich unverändert bleibt. Allein sie bezwecken, das getrennte Eigenthum beider Vermögensstücke durch die Betheiligten selbst, d. h. durch besondere hierauf gerichtete Willenserklärungen derselben, nachträglich in einer Hand zu vereinigen. Vgl. hierüber das Erkenntniß des frühern preußischen Ober-Tribunals in Striethorst Archiv Bd. 99 S. 213—215.

Der § 329 a. a. O. erklärt in dieser Beziehung zunächst den Willen des Grundeigenthümers für entscheidend, indem er ihm ge-

stattet, das auf seinem Grundstücke errichtete Gebäude eines Dritten entweder sich selbst zuzueignen, also in sein Eigenthum zu bringen, oder jenem „mit dem dazu gehörenden Grunde und Boden" zu überlassen, d. h. ihm diesen Grund und Boden eigenthümlich abzutreten.

In beiden Fällen vollzieht sich der Erwerb des Gebäudes bezw. des Bodens durch die hierauf gerichtete (ausdrückliche oder stillschweigende) Erklärung des Grundeigenthümers, in beiden aber wird durch dieselbe nach §§ 230 und 231 zugleich der Erwerber zur Entschädigung des Gegners verpflichtet.

Der Grundeigenthümer ist hiernach mit anderen Worten berechtigt, durch seine einseitige Willenserklärung den Bauenden entweder zur verkäuflichen Ueberlassung des Gebäudes oder zum käuflichen Erwerbe bezw. zur Bezahlung des dazu gehörenden Grundes und Bodens anzuhalten.

Es fragt sich nun aber hier, ob das zuletzt bezeichnete Recht des Grundeigenthümers auf den Baugrund des Gebäudes, also auf den von dem letztern unmittelbar bedeckten Boden zu beschränken sei.

Diese Frage würde zu bejahen sein, wenn das bezeichnete Recht auf demselben rechtlich untrennbaren Zusammenhange des Gebäudes mit dem Boden beruhte, aus welchem im gemeinen Rechte der nothwendige Eigenthumserwerb durch Inädifikation zu erklären ist.

Allein hieran ist nach dem Obigen nicht zu denken. Das Allgemeine Landrecht hat, die gemeinrechtliche Anschauung verlassend, das Recht der Inädifikation auf neuer Grundlage völlig neu gestaltet. Das bezeichnete Recht des Grundeigenthümers bildet einen persönlichen Anspruch desselben gegen den Bauenden, welcher dem gemeinen Rechte durchaus fremd ist und allein auf den Rücksichten der Billigkeit beruht. Auch sein Inhalt darf deshalb nur nach diesen Rücksichten bestimmt werden.

Demnach aber ist anzunehmen, daß dasselbe sich auch auf solche Grundflächen erstreckt, welche zwar nur äußerlich mit dem Gebäude im Zusammenhange stehen, aber für den Gebrauch desselben unentbehrlich sind.

Hierin liegt für den Bauenden, dessen eignes Bedürfniß durch den Erwerb derselben befriedigt wird, nicht die mindeste Härte. In Ansehung des Grundeigenthümers aber wird dadurch nur der augenscheinlichsten Billigkeit genügt. Denn das ihm eingeräumte Recht

zur Abtretung von Grund und Boden kann nur auf der Erwägung beruhen, daß derselbe für ihn durch den Bau an Brauchbarkeit verloren hat. Diese Erwägung trifft aber nicht bloß bezüglich des Baugrundes, sondern fast nicht minder auch in Ansehung derjenigen Flächen zu, welche mit dem Gebäude zusammenhängen und für dessen Benutzung nothwendig sind, mögen dieselben, wie häufig der Fall, von dem letzteren ganz, bezw. theilweise eingeschlossen werden oder nicht.

Die Absicht des Gesetzgebers, die Vorschrift des § 329 auf diese Flächen mit zu beziehen, kann, da er durch dieselbe lediglich den Rücksichten der Billigkeit Rechnung tragen will, hiernach nicht bezweifelt werden.

Die entgegensetzte Annahme würde dem Geiste des Gesetzes vielmehr geradezu widersprechen.

Aber jene Absicht hat in dem § 329 selbst auch einen entsprechenden Ausdruck gefunden. Wenngleich unter dem zu dem Gebäude „gehörenden" Grunde und Boden an sich auch der bloße Baugrund verstanden werden könnte, so würde doch einer weiteren Auffassung des Begriffs nichts entgegenstehen. Vielmehr ist, da der Baugrund am einfachsten als der „bebaute" Grund und Boden zu bezeichnen gewesen wäre, als naheliegend zu erachten, unter dem gedachten Ausdrucke des Gesetzes solche Grundflächen mit zu begreifen, welche zu dem Gebäude thatsächlich in dem Verhältniß eines bloßen Zubehörs stehen.

Von einer Zubehöreigenschaft im Rechtssinne kann hier freilich nicht die Rede sein, weil der Bauende in dem vorausgesetzten Falle nur Eigenthümer des Gebäudes, aber nicht des Grundes und Bodens ist, mithin nicht als befugt erscheint, jenem einen Theil des letzteren als Zubehör zuzuschlagen. Vgl. A.L.R. I. 2 § 108.

Die bloße Bestimmung des Bauenden kann daher auch bei der Frage, wie weit sich im einzelnen Falle der Anspruch des Grundeigenthümers erstreckt, nicht maßgebend sein.

Die für den Gebrauch des Gebäudes thatsächlich unentbehrlichen Flächen bilden jedoch ein Zubehör desselben im natürlichen Sinne, und aus diesem Grunde ist zur Bezeichnung derselben der Ausdruck des § 329 allerdings vollkommen geeignet.

Abweichend von der Regel des letzteren, welche das Recht des Grundeigenthümers bestimmt, soll der letztere nach § 332 a. a. O., wenn er der Fortsetzung des ihm bekannten Baues nicht sofort wider-

sprochen hat, „mit der bloßen Entschädigung für Grund und Boden sich begnügen“.

In dem gedachten Falle wird also, mit Rücksicht auf seinen bösen Glauben oder seine Nachlässigkeit dem Bauenden das entgegengesetzte Recht eingeräumt, das Gebäude zu behalten und dazu den Grund und Boden von ihm käuflich zu erwerben.

Daß der Ausdruck „Grund und Boden“ hier ebenfalls nicht bloß den Baugrund, sondern alle im Sinne des § 329 zu dem Gebäude „gehörenden“ Flächen bezeichnen soll, kann nun aber nach dem Zusammenhange nicht zweifelhaft sein, da der § 332 offenbar nur eine Umkehrung der in den Schlußworten des § 329 enthaltenen Bestimmung zu Gunsten des Bauenden enthält und unter dem „Grund und Boden“ am natürlichsten der kurz vorher näher bezeichnete Grund und Boden zu verstehen ist.

Wie der Grundeigenthümer nach § 329 das Gebäude, ebenso kann daher der Bauende unter der Voraussetzung des § 332 nicht bloß den Baugrund, sondern auch die mit dem Gebäude nur äußerlich zusammenhängenden, für den Gebrauch desselben nothwendigen Grundflächen gegen Entschädigung sich zueignen, d. h. deren käufliche Ueberlassung von dem Grundeigenthümer fordern.

Auch leuchtet es ein, daß diese Annahme der Rücksicht der Billigkeit, also der Absicht des Gesetzgebers, ebenfalls allein entspricht, weil der Zwang zu jener Ueberlassung in dem vorausgesetzten Falle für den Grundeigenthümer um so weniger eine Härte enthält, als er denselben durch rechtzeitigen Widerspruch abwenden konnte, während er andrerseits von dem Bauenden nur zur Befriedigung eines nothwendigen Bedürfnisses angewendet wird.

Der Appellationsrichter verletzt hiernach den § 332, indem er ihn grundsätzlich auf den Baugrund des Gebäudes beschränkt, durch unrichtige Anwendung, woraus die Vernichtung seines Erkenntnisses folgt.

## Nr. 132.

**Zur Erhaltung der Benefizial-Eigenschaft genügt, daß der Erbe ein zum Zweck der Erbschaftsstempel-Berechnung erfordertes Inventar dem Gericht einreicht.**

A.L.R. I. 9 §§ 423, 438, A.G.O. II. 5.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 18. Dezember 1879 in Sachen B. wider Z. und Gen. 48/79.)

Die Richtigkeitsbeschwerde des Beklagten wider das Erkenntniß des frühern preuß. Appell.-Gerichts zu Stettin ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter erachtet die der Erbin Charlotte L. nach A.L.R. I. 9 § 423 zur Erhaltung der Benefizial-Eigenschaft obliegende Pflicht der Aufnahme und gerichtlichen Niederlegung eines vollständigen Inventariums dadurch erfüllt, daß die Charlotte L. das von ihr seitens des Gerichts zum Zwecke der Erbschaftsstempelberechnung erforderte Inventarium dem Gerichte eingereicht und daher niedergelegt habe. Die Richtigkeitsbeschwerde hält das für unrichtig und findet in der Annahme des Appellationsrichters, daß die Charlotte L. die Einreichung des Inventariums veranlaßt habe, eine Verletzung der rechtsgrundsätzlichen Vorschriften A.G.O. Einl. § 16 und I. 13 § 28 und in dessen Ansicht, daß es genüge, wenn überhaupt ein Inventarium aufgenommen und vorhanden sei, einen Rechtsirrthum nach A.L.R. I. 9 § 423. Allein dieser Angriff geht fehl. Eine Verletzung der Beweisregeln liegt nicht vor, weil der Appellationsrichter jene Thatsache, nämlich die Veranlassung der Einreichung des Inventars durch die Charlotte L., nicht vermuthet, sondern aus bestimmten, näher dargelegten faktischen Momenten folgert. Diese Konklusion aus Thatsachen fällt nicht unter jene Regeln. Auch der Angriff aus § 423 a. a. O. muß zurückgewiesen werden; denn der Appellationsrichter sagt nicht, daß es zur Erhaltung der Benefizial-Eigenschaft genüge, wenn nur überhaupt ein Inventarium aufgenommen und vorhanden sei, sondern er erachtet es nur für einflußlos, daß das von der Charlotte L. veranlaßte und eingereichte Inventarium nur zum Zwecke der Erbschaftsstempelberechnung erfordert und eingereicht ist. Und dem muß man beitreten. Der Zweck

des Inventars zur Erhaltung der Benefizial-Eigenſchaft iſt die Ausſchließung der Konfuſion des Vermögens durch Erbgangsrecht (A.L.R. I. 16 § 486), und dieſer Zweck iſt unabhängig von der Abſicht, in welcher ein Inventarium zunächſt aufgenommen iſt.

Daß ein Inventarium, um den Zweck des Geſetzes zu erreichen, vollſtändig ſein müſſe, das leugnet der Appellationsrichter nicht; allein er meint, der Verklagte habe in ſubſtanziirter Weiſe nicht eingewendet, daß das Inventarium dem wahren Vermögenszuſtande zur Zeit des Todes des David L. nicht entſpreche. Der Appellationsrichter ſoll durch dieſe Auffaſſung — nach Vorwurf der Nichtigkeitsbeſchwerde — A.L.R. I. 9 §§ 423, 434, 438, ſowie die Rechtsgrundſätze von der Vertheilung der Beweislaſt verletzt haben. Allein auch dieſer Vorwurf iſt als begründet nicht anzuerkennen. Die Vorſchrift über die äußere Form eines Inventariums, wie ſie die preuß. Allgemeine Gerichts-Ordnung II. 5 und das preußiſche Allgemeine Landrecht I. 9 § 438 enthält, iſt rein inſtruktiver Natur und nicht maßgebend für alle Fälle. Präjudiz des preußiſchen Ober-Tribunals 1546 vom 28. Februar 1845 (Entſcheidungen Bd. 10 S. 273). Alſo die Nichtbeobachtung dieſer Form iſt für den von der Nichtigkeitsbeſchwerde angegriffenen Gedanken des Appellationsrichters ohne Einfluß. Streng genommen äußert ſich der Appellationsrichter nicht über die Beweislaſt in Anſehung der von dem Verklagten behaupteten Mangelhaftigkeit des eingereichten Inventars, ſondern er ſagt nur, daß der Verklagte nicht in ſubſtanziirter Weiſe eingewendet habe, daß das Inventar den wahren Vermögensſtand zur Zeit des Todes des Erblaſſers nicht enthalte. Sachlich ſubſtanziirt muß freilich ein ſolcher Einwand ſein. Aber auch eingehend auf den Vorwurf der Nichtigkeitsbeſchwerde, ſo muß die Behauptung des Verklagten, „daß ein beſtimmter Gegenſtand zum Nachlaſſe gehöre und in das Inventarium habe aufgenommen werden müſſen“, als faktiſcher, ſeiner Beweispflicht unterliegender Einwand, nicht als Negation der Klage angeſehen werden.

## Nr. 133.

**Der Adjudikatar muß, sofern der Zuschlagsbescheid nicht entgegenstehende Bedingungen enthält, das auf dem subhastirten Grundstück eingetragene Ausgedinge übernehmen, und zwar sowohl das Wohnungsrecht, als den Nießbrauch und die Geld- und Naturalleistungen an den Auszügler.**

A.L.R. I. 11 § 342, Ges. vom 5. Mai 1872 § 47.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 5. Januar 1880 in Sachen B. wider B. 36/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Cöslin ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Es ist nach der Annahme des Appellationsrichters unter den Parteien nicht streitig, daß auf dem dem verklagten Ehemann in nothwendiger Subhastation zugeschlagenen Miteigenthume an dem Grundstücke L. Nr. 3 für die Kläger auf Grund des Vertrages vom 5. September 1871 in Abtheilung II. Nr. 9 ein Altentheil eingetragen steht, daß dem Verklagten, der zu den Subhastationsinteressenten nicht gehörte, von der Last, für welche der zum Verkauf gestellte Grundstücksantheil verhaftet war, in dem am 23. November 1876 angestandenen Versteigerungstermine noch besonders Kenntniß gegeben, und daß demnächst der gedachte Grundstücksantheil dem Verklagten durch den an demselben Tage verkündeten Zuschlagsbescheid vom 25. November 1876 „unter den gesetzlichen Bedingungen" zum Eigenthum zugeschlagen worden ist. Der Appellationsrichter, welcher auf Grund dieser Thatsachen die Verklagten zur Zahlung von 190,40 Mk. nebst Zinsen an die Kläger für Ausgedingerückstände verurtheilt hat, ist hierbei von der Erwägung ausgegangen, daß ein Altentheil, mag derselbe nur in einem Wohnungsrechte oder auch in sonstigen Nießbrauchsrechten und wiederkehrenden Geld- oder Naturalleistungen bestehen, zu den dinglichen auf privatrechtlichen Titeln beruhenden Lasten im Sinne des § 49 Titel I. der Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 gehöre, daß eine solche Last nach A.L.R I. 11 § 342 beim Mangel besonderer Abreden bezw. einer besondern Feststellung im Zuschlagsbescheide auf den Ersteher übergehe, und daß hierin auch durch den § 47 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb 2c. vom 5. Mai 1872 nichts geändert sei.

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten ist unbegründet, denn die Ausführungen des Appellationsrichters entsprechen den allegirten gesetzlichen Vorschriften und stehen in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen, welche das preußische Ober-Tribunal auf Grund derselben wiederholt zur Anwendung gebracht hat. Nach A.L.R. I. 11 § 340 sollen bei gerichtlichen Verkäufen die allgemeinen Grundsätze von Kaufgeschäften Anwendung finden, und es wird im § 342 a. a. O. für die gerichtlichen nothwendigen Verkäufe nur insofern eine besondere Bestimmung getroffen, als darnach Eigenthum, Nutzung, Gefahr und Lasten schon durch den Zuschlag auf den Käufer übergehen sollen, selbst wenn derselbe die erstandene Sache noch nicht in Empfang genommen haben sollte. Schon durch Plenarbeschluß vom 22. April 1844 — Entscheid. Bd. 10 S. 13 — ist nun seitens des preußischen Ober-Tribunals anerkannt, daß unter den im § 342 a. a. O. erwähnten Lasten, welche bei gerichtlich nothwendigen Verkäufen durch den Zuschlag auf den Käufer übergehen, nicht bloß die keiner Eintragung bedürfenden, im § 48 Tit. I. der Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 bezeichneten, sondern auch die in § 49 daselbst gedachten Lasten verstanden werden müssen, welche aus besonderen Kontrakten oder sonstigen speziellen Rechtstiteln auf dem subhastirten Grundstücke eingetragen sind. In den Plenarbeschlüssen desselben Gerichtshofes vom 15. Mai 1854 und 8. Januar 1855 — Entscheid. Bd. 28 S. 29 und Entscheid. Bd. 29 S. 301 — ist sodann die Frage wiederholt einer Prüfung unterzogen, und es ist darin an dem oben gedachten Grundsatze nicht bloß festgehalten, sondern dieser ist auch speziell mit Bezug auf Altentheile dahin formulirt, daß der Adjudikatar beim Mangel entgegengesetzter Feststellungen im Zuschlagsbescheide ein auf dem in nothwendiger Subhastation erstandenen Grundstücke eingetragenes Ausgedinge nicht bloß insofern, als es in Wohnung, sondern auch insoweit, als es in Nießbrauch und in wiederkehrenden Geld- und Naturalleistungen besteht, neben dem Kaufgelde übernehmen muß, auch wenn ihm dessen Uebernahme weder bei der Lizitation noch durch die Adjudikatoria zur Bedingung gemacht worden ist. Diesem Grundsatze ist denn auch in der Folge in der Praxis konstante Anerkennung zu Theil geworden (vgl. namentlich die Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 13. September 1855 — Entscheid. Bd. 31 S. 160, — vom 30. September 1862 — Entscheid. Bd. 49 S. 409, — vom 2. Oktober 1865 — Striethorst

Archiv Bd. 61 S. 70, — vom 3. und 5. Juli 1866 — Bd. 64 S. 196, — vom 11. September 1868 — Bd. 72 S. 170, — vom 2. Februar 1869 — Bd. 73 S. 305). Auch die Frage, ob dieser Rechtszustand durch die Bestimmung des § 47 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 eine Aenderung erfahren, ist schon Gegenstand der Erörterung und Entscheidung bei dem frühern preußischen Ober-Tribunal gewesen. Es ist dieselbe in den Erkenntnissen vom 7. Mai 1874 — Entscheid. Bd. 72 S. 143, — und vom 13. Februar 1877 — Entscheid. Bd. 79 S. 261 — verneint, und mit Rücksicht auf die Entstehung des Gesetzesparagraphen überzeugend der Nachweis geführt, daß durch denselben nicht eine Aenderung des bisherigen Rechts, sondern vielmehr eine gesetzliche Klarstellung des bis dahin namentlich durch die Präjudizien des höchsten preußischen Gerichtshofes in der Praxis entwickelten Rechtszustandes beabsichtigt worden, und daß dadurch eine Abänderung der gesetzlichen Verkaufsbedingungen nicht herbeigeführt sei, sondern nur dem Subhastationsrichter habe die Pflicht auferlegt werden sollen, das Interesse der der Last in der Priorität vorgehenden Hypothekengläubiger von Amtswegen wahrzunehmen und auch ohne Antrag zu prüfen, ob die Gläubiger durch ein Gebot mit gleichzeitiger Uebernahme einer auf dem Grundstücke ruhenden nacheingetragenen Last nicht einen Nachtheil erleiden möchten. Neue Gesichtspunkte, die zur Widerlegung der dortigen Ausführungen dienen könnten, sind von den Imploranten nicht geltend gemacht, es wird daher genügen, auf die letzteren hier zu verweisen. Es ergiebt sich demnach als unzweifelhaft, daß, wie gleichfalls bereits in jenen Erkenntnissen des Ober-Tribunals ausgeführt worden ist, wenn der Subhastationsrichter der ihm in § 47 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 auferlegten Verpflichtung zuwider es verabsäumt hat, in Gemäßheit des § 21 der Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869 in dem Versteigerungstermin wegen der Nichtübernahme eines auf dem zu verkaufenden Grundstücke haftenden Altentheils eine besondere Feststellung zu treffen, es alsdann bei der Regel des A.L.R. I. 11 § 342 verbleibt, und diese geht eben dahin, daß die Last durch den Zuschlag auf den Ersteher übergehe.

---

## Nr. 134.

**Die Vorschriften des A.L.R. über den landüblichen Zinsfuß sind durch die Gesetze über Aufhebung der Zinsbeschränkungen nicht außer Kraft gesetzt. Fehlt in einem Schuldschein die Bestimmung über die Höhe der zu zahlenden Zinsen, so wird vermuthet, daß der Schuldner die Zahlung landüblicher Zinsen übernommen hat.**

A.L.R. I. 11 §§ 840, 841.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 3. Februar 1880 in Sachen Z. wider R. 25/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten wider das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Marienwerder ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter hat das Zinsversprechen in dem Schuldscheine vom 26. April 1869 nicht aus dem Grunde für wirkungslos erachtet, weil dasselbe keine Bestimmung des Zinssatzes enthält, ist vielmehr an der Hand der gesetzlichen Interpretationsregeln zu dem Schlusse gelangt, daß Beklagter landübliche Zinsen zu zahlen hat. Die hiergegen erhobenen Beschwerden erscheinen hinfällig.

Implorant rügt die Verletzung des A.L.R. I. 5 § 71, wonach Verträge, deren Gegenstand sich gar nicht bestimmen läßt, oder deren Bestimmung oder Erfüllung der Willkür des Verpflichteten lediglich überlassen ist, unverbindlich sind. Diese Vorschrift setzt, wie sich aus § 72 ebenda ergiebt, den Fall voraus, daß ein auf die Uebernahme einer bestimmten Verbindlichkeit gerichteter Wille der Interessenten gar nicht vorhanden ist. Der Appellationsrichter nimmt aber gerade an, daß hier ein solcher Wille vorhanden, derselbe aber unvollkommen und unbestimmt erklärt und daß deshalb die Erklärung im Wege der Auslegung nach den Vorschriften der Gesetze zu ergänzen ist. Er negirt also das Vorhandensein der thatsächlichen Voraussetzungen des § 71 a. a. O. und kann folglich gegen letzteren nicht verstoßen haben.

Es liegt auch nicht der behauptete Verstoß gegen A.L.R. I. 11 §§ 804, 840, 841 und das Reichsgesetz vom 14. November 1867, die vertragsmäßigen Zinsen betreffend (Bundes-Gesetzblatt 1867 S. 159), vor. Der § 804 a. a. O., welcher bei Darlehen den Satz für Konventionalzinsen im höchsten Betrage auf 5 Prozent regelte, ist durch das zuletzt bezeichnete Gesetz (§ 1 Abs. 2) aufgehoben, so

daß schon mit Rücksicht hierauf der Angriff gegenstandslos ist. — Nach dem Gesetze vom 14. November 1867 unterliegt die Höhe der vertragsmäßigen Zinsen der Vereinbarung der Interessenten, andererseits enthält das Gesetz weitere Bestimmungen über die Zinsenzahlung, auch Vorschriften, welche auf den Schutz des Schuldners abzielen. Daß die Voraussetzungen dieses Gesetzes hier nach irgend einer Richtung hin zutreffen, ist nicht festgestellt worden. — Der § 841 das. besagt, daß unter landüblichen Zinsen im Gesetze fünf vom Hundert verstanden werden. Die Ausführung des Imploranten, daß der landübliche Zinsfuß durch die Aufhebung der gesetzlichen Beschränkungen des vertragsmäßigen Zinsfußes seine Beseitigung gefunden hat, ist nicht zutreffend. Der Appellationsrichter hat mit Recht im Hinblicke auf die noch in Kraft stehende Bestimmung des § 840 ebenda, welche er richtig angewandt hat, das Gegentheil angenommen. Der landübliche Zinsfuß ist der Zinsfuß, welcher der Regel nach bei gesetzlichen Zinsen vorgeschrieben ist, also schlechthin der gesetzliche Zinsfuß. Als solcher ist er aber durch das Reichsgesetz vom 14. November 1867, welches allein die vertragsmäßigen Zinsen zum Gegenstande hat, nicht berührt. — Nach der Feststellung des Appellationsrichters hat der Beklagte sich in rechtsverbindlicher Weise zur Zinsenzahlung verpflichtet, und da derselbe die Bestimmung des Zinsfußes unterlassen hat, so steht ihm die Vermuthung entgegen, daß er sich den in dem Gesetze enthaltenen Bestimmungen, also dem landüblichen Zinsfuße, habe unterwerfen wollen.

(Vgl. A.L.R. I. 4 § 73, I. 5 § 129, I. 11 § 731.)

---

## Nr. 135.

**Schließt bei einem Bauvertrage die Uebernahme des Baues unter Vorbehalt die Lohnforderung des Baumeisters aus?**

A.L.R. I. 11 § 932. Vgl. Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 13 S. 352 und Striethorst Archiv Bd. 12 S. 334.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 9. März 1880 in Sachen B. u. Gen., Beklagte und Imploranten, wider P., Klägerin und Imploratin. 54/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten wider das Erkenntniß des vormaligen preußischen Appell.-Gerichts zu Marienwerder ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter stellt fest, daß die Beklagten den fraglichen Bau am 1. Oktober 1876 übernommen haben. Für diesen Fall bestimmt das A.L.R. I. 11 § 932, daß der Baumeister Zahlung des bedungenen Lohnes fordern darf. Die Ansicht der Beklagten, es liege der Feststellung ein Rechtsirrthum zu Grunde, weil nur eine vorbehaltlose Uebernahme diese Rechtswirkung übe, und weil sie — Beklagte — in dem Schreiben an P. vom 27. September 1879 einen Vorbehalt wegen der Fehler des Werkes gemacht haben, ist nicht richtig. Eine Uebernahme unter Vorbehalt bleibt dennoch Uebernahme, es sei denn der Vorbehalt des Inhalts, daß dem Annehmenden beliebige, oder nach dem Resultat seiner Prüfung zu bewirkende Rückgabe freistehen solle. Von einem solchen Vorbehalt, welcher allerdings der thatsächlichen Hinnahme die Bedeutung rechtlichen Empfangs entzieht, ist hier nicht die Rede. Die Folgen, welche das Gesetz an die Uebernahme knüpft, treten mit diesem Akt ein und werden nicht durch einen demselben widersprechenden Protest ausgeschlossen. Welche Wirkung der Vorbehalt der Beklagten in Betreff der Erhaltung ihrer Rechte wegen mangelhafter Bauausführung oder in Betreff der Beweislast hatte, steht hier nicht in Frage. Die Entscheidung des Appellationsrichters, daß der Vorbehalt der Beklagten die Rechtswirkung der Uebernahme hinsichtlich des Klagerechts des P. nicht beseitigte, kann deshalb für eine Verletzung des § 932 a. a. O. nicht erachtet werden.

---

## Nr. 136.

**Zwecks der Feststellung des zu ergänzenden Pflichttheils ist der ganze Betrag einer widerruflichen Schenkung zu dem vorhandenen Nachlaß hinzuzurechnen.**

A.L.R. I. 11 §§ 1113, 1114.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 22. Dezember 1879 in Sachen R. und Gen. wider B. 39/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten wider das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Ratibor ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Im gegenwärtigen Nichtigkeitsverfahren waltet darüber kein Streit ob, daß Kläger mit den Verklagten zu 1 und 2 Pflichttheils-

erbe seiner Mutter geworden und als solcher beim Mangel eines aktiven Nachlasses der letzteren behufs Ergänzung seines Pflichttheils zum Widerruf der Geschenke der Mutter an die Verklagten aus den letzten drei Jahren befugt ist. Auch ist ferner unstreitig, daß der Pflichttheil des Klägers in der Hälfte seiner gesetzlichen Erbportion besteht und zu dessen Ergänzung die Hälfte der widerrufenen Geschenke verwendet werden darf. Streitig ist allein die vom zweiten Richter zu Gunsten des Klägers entschiedene Frage, ob der Pflichttheil von dem ganzen oder dem halben Schenkungsbetrage als fiktivem Nachlaß zu berechnen ist.

Daß die hiergegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde unbegründet sei, wird in folgender Weise ausgeführt: Die unklar gefaßten §§ 1113 und 1114 A.L.R. I. 11 bestimmen, daß gesetzliche Pflichttheilserben eine jede innerhalb dreier Jahre vor dem Tode gemachte Schenkung ihres Erblassers widerrufen können, wenn der reine Betrag des Nachlasses nicht die Hälfte des Betrages der geschenkten Summe oder Sache ausmacht, jedoch alsdann vom Geschenknehmer nur so viel, als zu dieser Hälfte fehlt, zurückgegeben werden darf. Es fehlt darin eine ausdrückliche Anweisung, wie der Pflichttheil, der immer nur ein aliquoter Theil des gesetzlichen Erbtheils sein kann, zu berechnen ist, ob nämlich dabei der ganze Schenkungsbetrag einschließlich des vorhandenen aktiven Nachlasses oder nur der in Gemäßheit der §§ 1113 und 1114 a. a. O. zurückzugebende Theil des Geschenkes mit Einschluß des vorhandenen Aktivnachlasses, also, wenn, wie im vorliegenden Falle, kein Aktivnachlaß vorhanden ist, ob der ganze oder nur der halbe Schenkungsbetrag als Nachlaß anzusehen ist, von dem der Pflichttheil berechnet werden soll. Wenn indeß einerseits der § 1114 a. a. O. unverkennbar ergiebt, daß an die Möglichkeit der Rückgabe des halben Schenkungsbetrages gedacht worden ist, und andererseits diese Möglichkeit niemals eintreten könnte, falls dieser halbe Betrag als Nachlaß gelten sollte, von welchem der nur eine Quote desselben bildende Pflichttheil zu berechnen wäre, so folgt hieraus unwiderleglich, daß die unbedingte Anwendbarkeit des gedachten Paragraphen die Zugrundelegung des ganzen Schenkungsbetrages als fiktiven Nachlasses — einschließlich der vorhandenen Aktivmasse — zur unerläßlichen Voraussetzung hat. Der Gesetzgeber ist danach, im Anschluß an den römisch-rechtlichen Begriff der donatio inofficiosa, davon ausgegangen, daß wenn die widerrufliche

übermäßige Schenkung nicht stattgefunden hätte, deren Objekt zum Nachlaß gehören würde, von welchem der Pflichttheil des Notherben zu berechnen ist, und hat nur die Pflicht des Beschenkten zu dessen Ergänzung auf die Herausgabe des Geschenks bis höchstens zur Hälfte desselben eingeschränkt. Hierfür spricht auch die Fassung der §§ 1115 und 1116 a. a. O. Denn jenem zufolge sollen mehrere widerrufliche Schenkungen zum Behuf der Bestimmung, ob eine Verkürzung im Pflichttheile vorliegt, zusammengerechnet werden, und nicht bloß die Hälften derselben, und nach Vorschrift des letzteren ein wirklicher Widerruf der der Zeit nach älteren Geschenke dagegen nur soweit stattfinden, als die Ergänzung des Pflichttheils aus den zurückgenommenen späteren nicht erfolgen kann. Hier wird unterschieden zwischen einem wirklichen Widerruf, der die Herausgabe des Geschenkes zur Ergänzung des Pflichttheils zur Folge hat, und dem bloßen Widerruf, der ohne eine solche Folge seinen Einfluß allein bei Konstituirung der Theilungsmasse, von welcher der Pflichttheil zu berechnen ist, äußert. Es ist somit anerkannt, daß die Theilungsmasse, welche behufs Berechnung des Pflichttheils zu bilden ist, auch dann nicht mit den nöthigenfalls zu dessen Ergänzung nach dem Gesetz zurückzugebenden bloßen Theilen der widerrufenen Schenkungen identisch ist, wenn es überhaupt an einem reinen Nachlasse fehlt. Von demselben Gesichtspunkte aus ist daher auch in einem analogen Falle, wenn wegen Abbruchs des Pflichttheils der Erben des Leibrentenkäufers der nach A.L.R. I. 11 §§ 637 und 638 vom Rentenverkäufer beim Ableben des Käufers durch Rentenzahlungen noch nicht verbrauchte Rest des empfangenen Kapitals nach § 639 a. a. O. herausgegeben werden muß, in dem allegirten § 638 a. a. O. die Zusammenrechnung dieses Restes mit dem übrigen Nachlaß behufs Ermittelung des Pflichttheils ausdrücklich vorgeschrieben.

Mit Rücksicht auf diese Analogie und die Entstehungsgeschichte der §§ 1113 ff. A.L.R. Thl. I Tit. 11 ist die vorliegende Streitfrage bereits in der Entscheidung des Königlich preußischen Ober-Tribunals vom 10. Mai 1867 (Entscheid. Bd. 58 S. 126 ff.) ebenfalls dahin beantwortet worden, daß zwecks der Berechnung des zu ergänzenden Pflichttheils der ganze Betrag der widerruflichen Schenkung in Betracht kommen muß. Die spätere Entscheidung desselben Gerichtshofes vom 16. April 1869 (Entscheid. Bd. 62 S. 84) hat nur den Streit darüber, ob der durch widerrufliche Schenkungen

verletzte Notherbe die Ergänzung des vollen Erbtheils daraus oder nur des Pflichttheils fordern dürfe, zum Gegenstande gehabt und im Uebrigen ihre prinzipielle Uebereinstimmung mit der vorerwähnten vom 10. Mai 1867 ausdrücklich hervorgehoben.

---

## Nr. 137.

**Proxenetikum. Ein Zahlungsversprechen nach stattgefundener Vermittlung bedarf bei Objekten über 150 M. der schriftlichen Form.**

A.L.R. I. 11 §§ 1177, 1173, I. 5 §§ 155, 156, 165.

(Vgl. Präjudiz des Ober-Tribunals 2674, Entsch. Bd. 34 S. 78, Bd. 70 S. 273.)

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 9. Januar 1880 in Sachen Th. wider T. 536/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers gegen das Erkenntniß des frühern preuß. Kammergerichts ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Kläger verlangt vom Verklagten Zahlung eines mündlich versprochenen Proxenetikum von 600 Mark für Beschaffung eines Kapitals von 60,000 Mark, weil:

1) er Alles gethan habe, um das Geld anzuschaffen,
2) Verklagter, nachdem das Kapital zur Verfügung gestanden hätte, erklärt, er wolle das Geld nicht nehmen, aber dabei das Versprechen, die Provision von 600 Mark zu zahlen, wiederholt hätte.

Kläger hat wider das ihn abweisende Appellationserkenntniß die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt.

Dieselbe war jedoch zurückzuweisen.

Der Vorderrichter legt das vom Verklagten bei Ertheilung des Auftrags zur Beschaffung eines Kapitals von 60,000 Mark gegebene Versprechen dahin aus:

es sei so zu verstehen, daß die Provision nur für den Fall versprochen sei, daß Verklagter das Kapital von der durch den Kläger nachgewiesenen Person auch wirklich annehmen werde.

Diese Auslegung entzieht sich als eine thatsächliche Feststellung der Anfechtung durch die Nichtigkeitsbeschwerde. Ist nun dieser Fall, wie feststeht, überhaupt nicht eingetreten, so kann der Vorderrichter den § 870 A.L.R. I. 11 nicht verletzt haben.

Auch ein Verstoß gegen A.L.R. I. 4 §§ 103, 110 liegt nicht

vor; denn vom Standpunkte des Vorderrichters aus, welcher die Abrede der Parteien so auffaßt, daß es in das Belieben des Verklagten gestellt war, ob er das Geld nehmen wollte, erscheint es unzulässig, anzunehmen, daß Verklagter dadurch, daß er das Geld zurückwies, etwas in unerlaubter Weise zum Nachtheile des dem Kläger zugedachten Rechts vorgenommen hat.

Eine angemessene Vergütung für nutzlos aufgewendete Bemühungen ist nicht eingeklagt: deshalb findet der ferner als verletzt bezeichnete A.L.R. I. 11 § 873 auf den vorliegenden Fall keine Anwendung.

Endlich ist das angeblich vom Verklagten dem Kläger nach erfolgtem Nachweise der zur Hergabe des Geldes bereiten und fähigen Person gegebene Zahlungsversprechen Mangels schriftlicher Form unverbindlich. Die Vorschrift des A.L.R. I. 11 § 1177 zwingt dazu, die §§ 155, 156, 165 I. 5 nur für den Fall anwendbar zu erachten, wo das Zahlungsversprechen den zu vergütenden Handlungen vorangegangen ist. Mag nun auch richtig sein, daß der Rechtssatz, ein erst nachträglich gegebenes Versprechen der Bezahlung geleisteter Handlungen bedürfe der Schriftform, richtiger aus § 1173 ibid. als aus § 133 I. 5 herzuleiten ist, jedenfalls ist der Rechtssatz selbst unanfechtbar.

---

## Nr. 138.

### Anwendung der Vorschrift, daß ein Bevollmächtigter Aufträge verschiedener Personen, deren Interesse einander entgegenläuft, nicht annehmen darf, auf die Vermittlungsgeschäfte von Güteragenten.

A.L.R. I. 13 § 22.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 23. März 1880 in Sachen B., Klägers und Imploranten, wider W., Beklagten und Imploraten. 53/79.)

Der Kläger fordert ex cessione eines Güteragenten das dem letzteren zustehende Proxenetikum, ist jedoch damit vom Appell.=Richter abgewiesen. Seine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß des preuß. Kammergerichts ist verworfen aus folgenden

Gründen:

Der Cedent des Klägers, der Kaufmann und polizeilich konzessionirte Kommissionär und Agent für Güter, Grundstücke und Hypotheken Sch., soll ein Grundstücks=Tausch=Geschäft zwischen dem

Herzog v. D. einerseits und dem Beklagten andererseits vermittelt haben. Der Kläger verlangt vom Beklagten die von diesem seinem Autor Sch. angeblich zugesicherte Vermittelungs-Provision von 9000 M. nebst 6% Verzugszinsen seit dem 1. Dezember 1876. Der Appellationsrichter hat diesen Anspruch auf Grund des A.L.R. I. 13 § 22:

„Ebensowenig kann ein Bevollmächtigter Aufträge verschiedener Personen, deren Interesse einander entgegenläuft, annehmen"

zurückgewiesen. Vergeblich ficht der Kläger diese Entscheidung mit der Rüge an, der Appellationsrichter habe den § 22 cit. sowie A.L.R. I. 11 §§ 869, 870, 873 ff. verletzt und die Natur des vorliegenden Rechtsgeschäfts verkannt, also einen Verstoß im Sinne des § 9 der Instruktion vom 7. April 1839 begangen.

Der Vorrichter geht von der Feststellung aus:

daß nach Sch.'s Auffassung von der Sachlage ihm sowohl von dem Herzog v. D., beziehungsweise seinem Bevollmächtigten, dem Grafen v. T., als auch vom Beklagten Provision für die Vermittelung des in Rede stehenden Geschäfts versprochen worden und daß er sich in Folge dessen als Beauftragter beider Kontrahenten angesehen und beider Interesse bei seinen Vermittelungen wahrgenommen habe, und zwar ohne daß der Beklagte hiervon Kenntniß gehabt.

Dies erklärt er nach der konkreten Lage des vorliegenden Falles für unstatthaft.

In dieser Beziehung nimmt er thatsächlich an:

daß es hier nicht allein darauf angekommen sei, die Kontrahenten geneigt zu machen, unter von vorn herein feststehenden Bedingungen die Tauschobjekte wechselseitig zu erwerben, sondern daß es dem Beklagten wie dem Herzog v. D. darauf angekommen sei, möglichst vortheilhafte Bedingungen zu erzielen; indem der Letztere das Interesse gehabt, daß der Beklagte sein Gut L. möglichst theuer erwerbe und zu diesem Behufe dem Beklagten die Gutsverhältnisse möglichst vortheilhaft dargestellt würden, während umgekehrt der Beklagte, — welcher den Angaben seines Agenten Sch. über das zu erwerbende Gut augenscheinlich großes Vertrauen geschenkt habe, — das Interesse gehabt, L. möglichst billig zu erwerben und über die einen billigen Erwerb etwa begünstigenden Verhältnisse des Guts unterrichtet zu werden.

Auf Grund dieser Annahme kommt er sodann zu der weiteren thatsächlichen Feststellung:

1) daß im unterliegenden Falle eine Kollision der Interessen der beiderseitigen Tausch-Kontrahenten vorhanden, und
2) daß der Kommissionär, — also hier der Sch. — welcher in diesem Falle die Wahrnehmung der beiderseitigen Interessen übernommen habe, sich deshalb in der That in die Lage gebracht habe, keinem seiner beiden Auftraggeber mit der vorausgesetzten Treue und Energie seine Dienste zu leisten.

An diesen prozessualisch nicht angefochtenen thatsächlichen Feststellungen scheitern die erhobenen materiell-rechtlichen Angriffe.

Was zunächst den Vorwurf der Verkennung der Natur des vorliegenden Rechtsgeschäfts und den damit zusammenhängenden Vorwurf der Verletzung des A.L.R. I. 11 §§ 869, 870, 873 ff. anbelangt, so fehlt es hier von vorn herein an der thatsächlichen Voraussetzung.

Denn nirgend hat der Vorrichter die bestimmte Ansicht aufgestellt, daß hier kein einfacher Vertrag über Handlungen im Sinne der §§ 869 ff., sondern ein Vollmachts-Auftrag im Sinne des A.L.R. I. 13 in Rede stehe und deshalb § 22 I. 13 a. a. O. anwendbar sei.

Eine Erörterung dieser Frage war für die Entscheidung der Sache auch unerheblich, weil die Bestimmung des § 22 a. a. O. nach der konstanten Praxis des vormaligen preuß. Ober-Tribunals — von welcher abzugehen für das Reichsgericht kein Anlaß vorliegt, — gleichmäßig zur Anwendung kommt, mag es sich um eine eigentliche Vollmacht, welche die Vertretung gegen Dritte bei einem Rechtsgeschäfte zum Zweck hat, oder um einen einfachen Auftrag zu thatsächlichen Verrichtungen handeln.

Vergl. u. A. Präjudiz des vormaligen preußischen Ober-Tribunals Nr. 1687 vom 30. Januar 1846 (Präjudizien-Sammlung S. 77); ferner Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 23 S. 308 und Bd. 48 S. 87; Striethorst Archiv Bd. 5 S. 90 und 94, Bd. 19 S. 258, Bd. 52 S. 226; Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 7 S. 90.

Deshalb bedarf es auch jetzt nicht der Prüfung, ob der angeblich dem Sch. ertheilte Auftrag, für den Beklagten ein Tauschobjekt aufzusuchen und das Tauschgeschäft zu Stande zu bringen, sowie die demzufolge von dem Sch. mit dem Grafen v. T. gepflogenen

Unterhandlungen über den Tauschwerth der Herrschaft L., über die Preisermäßigung um 15000 M. 2c. unter die Vorschriften des 11. oder des 13. Titels Theil I. des Allgemeinen Landrechts zu subsumiren sein möchten.

Im Uebrigen hat nach Obigem der Appellationsrichter die contenta des A.L.R. I. 13 § 22 thatsächlich festgestellt, daß nämlich eine Kollision der Interessen der beiden Tauschkontrahenten vorhanden gewesen sei und der 2c. Sch. die Interessen Beider bei seinen Vermittelungen wahrgenommen habe, während der Beklagte davon keine Kenntniß gehabt, daß dem Sch. von der Gegenseite eine Provision versprochen worden und derselbe sich im Interesse beider Theile um das Zustandekommen des Tauschgeschäfts bemüht habe.

Dabei hat der Vorrichter — was das Erkenntniß des vormaligen Reichs-Oberhandelsgerichts vom 14. September 1872, Entscheidungen Bd. 7 S. 92 — für erforderlich erachtet, die speziellen konkreten Umstände hervorgehoben, aus denen sich sein Schluß ergiebt, daß das Interesse des Beklagten durch die Annahme beziehungsweise das Behalten des Auftrages desselben seitens des Sch. gefährdet war. Einen weiteren Nachweis, etwa dahin, daß ein Schaden für den Mandanten und eventuell in welcher Höhe, effektiv entstanden sei, verlangt weder der Wortlaut noch der Geist des § 22 cit. zu seiner Anwendung. Es genügte, wie der Vorrichter zutreffend annimmt, daß sich der 2c. Sch. thatsächlich in die Lage gebracht hat, keinem seiner beiden Auftraggeber mit der vorausgesetzten Treue und Energie seine Dienste zu leisten. Eben darin liegt der Grund der Hinfälligkeit des erhobenen Provisionsanspruchs.

Hat der 2c. Sch. seine bei Annahme des ihm vom Beklagten ertheilten Auftrags selbstverständlich und nach § 22 cit. übernommene Vertragspflicht, nur im Interesse des Beklagten thätig zu sein, nicht erfüllt, so kann er auch seinerseits nicht vom Beklagten Vertragserfüllung verlangen (A.L.R. I. 5 § 271). Es bedarf deshalb nicht noch der Heranziehung des Gesichtspunktes der unerlaubten Handlung (A.L.R. I. 3 § 25).

Vergl. Striethorst Archiv Bd. 54 S. 333, Bd. 62 S. 104, Bd. 70 S. 331, Bd. 75 S. 174; siehe auch Erkenntniß des Reichsgerichts vom 17. Februar 1880 in Sachen H. wider F. Nr. 197/79.

## Nr. 139.

**Muß derjenige, welchem für die Nachweisung eines Käufers ein Proxenetikum versprochen ist, zur Begründung seiner Klage den Kausalzusammenhang zwischen der Zuführung des Käufers und dem Vertragsabschluß mit demselben beweisen?**

A.G.O. I. 13 § 28, A.L.R. I. 5 §§ 270 ff., I. 11 § 873.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 2. Januar 1880 in Sachen B., Beklagte, wider Sch., Kläger. 36/79.)

Bei Beurtheilung der Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten wider das Erkenntniß des vormaligen preußischen Appellationsgerichts zu Breslau ist betreffs der oben formulirten Frage vom Reichsgericht Folgendes ausgeführt:

Nach der Feststellung des Appellationsrichters bestand die vom Kläger vertragsmäßig zu leistende Handlung in der Nachweisung eines Käufers. Der Appellationsrichter erachtet als zugestanden, daß Kläger der Beklagten im August 1873 den P. jun. als Käufer zugeführt habe; er stellt thatsächlich fest, daß der Kaufvertrag vom 24. Januar 1874 mit diesem Käufer unter Mitwirkung seines Vaters abgeschlossen worden, und er hält es für unstreitig, daß die Nachweisung des Käufers durch den Kläger erfolgt ist. Nach seiner Ansicht ist es aber darnach Sache der Beklagten nachzuweisen, daß der Kaufvertrag vom Januar 1874 mit jener Nachweisung nichts zu thun habe. Der Richter würdigt auch den von der Beklagten angetretenen Gegenbeweis, erachtet ihn aber für unerheblich.

Die Nichtigkeitsbeschwerde dagegen behauptet, da Kläger für die Zuführung des Käufers Vergütigung verlange, müsse er den Kausalzusammenhang zwischen der Zuführung des P. jun. und dem Vertragsabschluß mit P. sen. nachweisen. Nur unter dieser Voraussetzung sei der Klageanspruch begründet.

Von den in der Nichtigkeitsbeschwerde allegirten gesetzlichen Bestimmungen stellt A.G.O. I. 13 § 28 den Grundsatz auf, daß in Ermangelung gesetzlicher Präsumtionen keine Thatsache und keine Veränderung vermuthet werde, während nach A.L.R. I. 5 § 270 in der Regel die Verträge nach ihrem ganzen Inhalte erfüllt werden müssen und nach § 271 a. a. O., wer die Erfüllung eines Vertrages fordert, nachweisen muß, daß er demselben von seiner Seite ein Genüge geleistet habe oder warum er dazu erst in der Folge verbunden sei.

Es ist nun zunächst thatsächlich unrichtig oder wenigstens un-

genau, daß der Kaufvertrag mit P. sen. abgeschlossen worden sei. Der Vertrag ist vielmehr nach der unangefochtenen Feststellung des zweiten Richters mit P. jun. unter Mitwirkung seines Vaters geschlossen. Sodann findet das Verlangen eines besonderen Nachweises des Kausalzusammenhangs zwischen der Zuführung des Käufers und dem Vertragsabschlusse mit demselben im Gesetz keinen Anhalt.

Der § 873 A.L.R. I. 11, auf welchen Kläger die Klage und der Appellationsrichter seine Entscheidung stützt und von dessen Anwendbarkeit auch die Nichtigkeitsbeschwerde, wie sich zeigen wird, ausgeht, verlangt, daß der, welcher die Handlung übernommen, sie wirklich geleistet hat und daß die Handlung zu seinen gewöhnlichen Nahrungs- und Berufsgeschäften gehört. Darnach gehört, wie das Ober-Tribunal in den Gründen des Erkenntnisses vom 14. November 1871 (Striethorst Bd. 83 S. 123) zutreffend näher ausgeführt hat, die Ursächlichkeit des Zusammenhangs der Handlung mit einem besonderen Erfolge derselben nicht zu dem Wesen des Vertrages. Es ist vielmehr in jedem einzelnen Falle nach der konkreten Sachlage zu prüfen, ob die übernommene Handlung geleistet ist.

Die vorliegend von dem Kläger übernommene Handlung bestand in der Nachweisung eines Käufers. Sie ist also geleistet, wenn der Käufer nachgewiesen ist, und daraus folgt wiederum, daß der Anspruch des Klägers von dem Vertragsschluß der Beklagten mit dem von ihm nachgewiesenen Käufer abhängig ist. Dieser von dem Willen der Beklagten abhängige Erfolg ist aber, wie der Appellationsrichter festgestellt hat, eingetreten, da darnach das Kaufgeschäft seine erste und ursprüngliche Veranlassung in der Nachweisung des Klägers gehabt hat. Freilich stand der Beklagten der Gegenbeweis frei, daß der Kläger durch die Zuführung des P. jun. die übernommene Handlung nicht geleistet habe. Auch dies verkennt der Appellationsrichter nicht, er hält aber den angetretenen Gegenbeweis aus thatsächlichen und rechtlichen Gründen für unerheblich.

## Nr. 140.

**1. Testamentsform bei schreibensunfähigen Personen.**

**Der Vorschrift des A.L.R. I. 12 § 115 ist genügt, wenn die gerichtliche Testaments-Aufnahme-Verhandlung bemerkt, daß die Handzeichen eines schreibensunkundigen Testators von zwei namentlich aufgeführten Zeugen gefertigt sind, und wenn die Verhandlung von den beiden Zeugen unterschrieben ist.**

A.L.R. I. 12 §§ 115, 116, 66 ff., II. 2 § 43.

**2. Wechselseitige Testamente der Eheleute.**

**a. Nach dem Tode eines Ehegatten wird die Erbschaft nur in dessen Nachlaß eröffnet. Der Ueberlebende erhält denselben als Fiduziarerbe. Sein Recht an seinem eigenen Vermögen bleibt unverändert, aber eingeschränkt durch das testamentarisch bestimmte Anfallsrecht des fideikommissarisch eingesetzten Nacherben.**

**b. Dies Recht des Nacherben setzt voraus, daß er den (ersten bzw. zweiten) Anfall erlebt. Geschieht dies, so transmittirt er sein Recht auf seine Erben.**

A.L.R. I. 9 §§ 350 ff., II. 1 §§ 481 ff.,

(**Erkenntniß des Reichsgerichts** (IV. **Civilsenat**) **vom** 18. **Dezember** 1879 **in Sachen Stöhr u. Gen. wider Kray u. Gen.** 33/79.)

Die Revision der Kläger und die als Revision zu behandelnde Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten gegen das Erkenntniß des frühern preuß. Appell.-Gerichts zu Stettin sind zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

In der Sache selbst erweist sich zunächst der Einwand der formellen Ungiltigkeit des wechselseitigen Testamentes der Gottfried Berndt'schen Eheleute vom 31. Dezember 1863 als unzutreffend. Denn wenn das preußische Allgemeine Landrecht Thl. I Tit. 12 § 115 vorschreibt, daß bei der Schreibensunfähigkeit des Testators das Handzeichen desselben durch zwei zu dem Aufnahmeakte zugezogene glaubwürdige Männer bezeugt werden soll, so ist dieser Vorschrift vollständig genügt worden, indem die gerichtliche Testamentsaufnahme-Verhandlung ausdrücklich bemerkt, „daß die Verhandlung von der schreibensunkundigen verehelichten Berndt im Beisein der beiden namentlich aufgeführten Männer mit den gewählten Kreuzen unterzeichnet ist", und ferner ergiebt, daß sich unter diesem Vermerke die Unterschrift der beiden zur Verhandlung als Zeugen zugezogenen Männer befindet. Das ist ein ausreichendes und genügendes Zeugniß für die Thatsache, daß jene Handzeichen von der verehelichten Berndt herrühren. Einen bestimmten Wortausdruck für diese Zeugnißabgabe verlangt der § 115 a. a. O. nicht, der § 116 a. a. O. spricht auch in dem Falle, daß der Testator ein Handzeichen beizufügen außer

Stande ist, nur von einer „Zuziehung" und „Unterschrift" zweier Zeugen. Auch der Mangel des ausdrücklichen Vermerkes in der Testamentsaufnahme-Verhandlung, daß die Testatoren das Testament genehmigt haben, ist ohne Einfluß auf die Giltigkeit des Testamentes. Die §§ 66 bis 138 I. 12 a. a. O. erfordern einen ausdrücklichen Genehmigungsvermerk nicht und der § 104 a. a. O. verweist für die mündliche Aufnahme eines Testamentes auf die allgemeinen Vorschriften der Prozeßordnung über gerichtliche Protokollirung. Allein auch hier Thl. II. Tit. 2 §§ 43 ff. ist ein ausdrücklicher Genehmigungsvermerk nicht vorgeschrieben, sondern nur angeordnet, „daß, wenn die Parteien bei dem Inhalte des Protokolls nichts mehr zu erinnern haben, der Richter das Protokoll schließen, dasselbe den Parteien zur Unterschrift vorlegen und es sodann mit dem Aktuario u. s. w. ebenfalls unterzeichnen muß" (§ 45). In diesem von dem Richter beurkundeten Vorgange liegt von selbst die Gewißheit der Genehmigung und zwar in solchem Maße, daß nach A.G.O. Anhang § 423 selbst aus der Unterlassung der Vorlesung oder aus dem Mangel des Vorlesungsvermerkes die Ungiltigkeit der Verhandlung nicht folgt. Entscheid. Bd. 61, 77; Bd. 66, 57; Striethorst Archiv Bd. 82, 194, 357. Vgl. auch A.L.R. Anhang § 33 zu I. 12 § 139.

Auch der gegen den materiellen Theil des Appellations-Urtheils gerichtete Angriff der Beklagten kann als begründet nicht angesehen werden.

Das Testament der Gottfried Berndt'schen Eheleute ist ein wechselseitiges, korrespektives, d. h. ein jeder Ehegatte hat mit Rücksicht auf die ihm geschehene Erbberufung den andern Ehegatten zum Erben eingesetzt, A.L.R. I. 12 § 614. Für die Ausführung dieses wechselseitigen Testamentes steht fest, daß die Voraussetzung, unter welcher der Christian Stöhr und die Christine Berndt, nach dem Tode des längstlebenden Ehegatten, zur Erbschaft berufen sind, nämlich die Verheirathung beider genannter Personen mit einander, nicht eingetroffen ist, weil der Christian Stöhr unverheirathet gestorben ist, und daß für den Fall des Nichteintreffens jener Voraussetzung der Christian Stöhr allein zur Sukzession in den gemeinschaftlichen Nachlaß berufen ist. Es steht ferner fest, daß die verehelichte Berndt, also die Mittestatorin, vor ihrem Ehemanne Gottfried Berndt gestorben ist, daß der letztere die Erbschaft aus dem gemeinschaft-

lichen Testamente angetreten hat, und daß der Christian Stöhr die verehelichte Berndt überlebt hat, aber vor dem Gottfried Berndt gestorben ist.

Hiernach geht der Wille des gemeinschaftlichen Testamentes unzweifelhaft dahin, daß nach dem Tode der verehelichten Berndt der Erbfall zunächst eröffnet werde für den Ehemann Gottfried Berndt als heres fiduciarius, und daß der eventuell für den Todesfall des längst lebenden Ehegatten berufene Christian Stöhr nur erst in zweiter Reihe als heres fideicommissarius in Betracht kommt. (§§ 466 ff. Thl. I Tit. 12 a. a. O.) Für das Recht aus diesem Erbanfalle und der Erbfolge aus dem gemeinschaftlichen Testamente der Gottfried Berndt'schen Eheleute, welche in Gütergemeinschaft gelebt haben, ist nun, nach den Grundregeln für die Universal-Sukzession, davon auszugehen, daß durch den Tod der verehelichten Berndt ein Erbanfall sich hat vollziehen können nur in Ansehung ihres eigenen, besonders abgezweigten oder in dem gütergemeinschaftlichen Güterkomplex enthaltenen und darin aufgehenden Vermögens, und daß daher nur in Ansehung dieses den Nachlaß der verehelichten Berndt bildenden Vermögens eine Erbfolge aus dem gemeinschaftlichen Testamente für den zunächst berufenen Ehemann, als Fiduziarerben, und für den weiter bedachten Christian Stöhr, als fideikommissarischen Erben, eintreten und eröffnet werden kann. Das eigene Vermögen des überlebenden und daher ex testamento sukzedirenden Ehemannes Gottfried Berndt, also auch dessen in dem gütergemeinschaftlichen Vermögen enthaltener ideeller Vermögensantheil ist — wie durch den Tod der verehelichten Ehefrau zunächst nicht betroffen — so auch dem überlebenden Ehemanne nicht vererbt, sondern von demselben — nach seinem ideellen Eigenthumsrechte — unverändert und nur eingeschränkt durch das testamentarische eventuelle Anfallsrecht des fideikommissarisch substituirten Christian Stöhr mit dem gütergemeinschaftlichen Gesammtvermögen übernommen worden. A.L.R. Einleitung § 103, Thl. I Tit. 2 §§ 34, 35, Tit. 9 §§ 350 ff., 357 ff., Tit. 12 §§ 466 ff., Thl. II Tit. 1 §§ 363 ff., §§ 481 ff., 634 ff., Förster, Theorie und Praxis Bd. 4 S. 260 ff.

Nach dieser Verschiedenheit des Vermögens und der Rechtsstellung des Gottfried Berndt, als Mittestators und heres fiduciarius, und des Christian Stöhr, als heres fideicommissarius, ist auch das Recht derselben an dem in der Hand des Ersteren vereinigten Ge-

sammtvermögen, nämlich dem Nachlasse der verehelichten Berndt und dem eigenen Vermögen des Gottfried Berndt, näher zu bestimmen und abzumessen. An dem Nachlasse der verehelichten Berndt hat der überlebende Ehemann, als Fiduziarerbe, auf Grund des Erbantrittes aus dem gemeinschaftlichen Testamente das Eigenthum, der als fideikommissarischer Sukzessor berufene Christian Stöhr dagegen das Recht erworben, bei dem Eintritte des Sukzessionsfalles, nämlich dem Tode des Gottfried Berndt, die Ausantwortung jenes Nachlasses zum Zwecke der Realisation seines Eigenthumserwerbes zu verlangen. Wie daher durch die eröffnete Sukzession aus dem gemeinschaftlichen Testamente der überlebende Ehemann Eigenthümer der Nachlaßsachen — wenn auch eingeschränkt durch das Recht der fideikommissarischen Substitution — wurde, so erwarb der Christian Stöhr das eventuelle Recht zur Sukzession in diesen Nachlaß als sein Eigenthum, mit der Wirkung der Transmission auf seine Erben. Für den Eigenthumserwerb — den realen und den ideellen — hat daher die Sukzession des Gottfried Berndt als heres fiduciarius und des Christian Stöhr als heres fideicommissarius gleiche Wirkung. Hatte nun aber der Christian Stöhr das fideikommissarische Recht auf Ausantwortung des Nachlasses der verehelichten Berndt mit transmissibeler Wirkung erworben, so ist es für die Realisation dieses Rechtes auch gleichgültig, daß er vor dem Fiduziar Gottfried Berndt gestorben ist; sein Recht auf den Nachlaß, hergeleitet aus dem gemeinschaftlichen Testamente der Berndt'schen Eheleute, reicht über den Fiduziar Gottfried Berndt, der jenem Rechte gegenüber nur die Stellung eines Nießbrauchers hatte (I. 12 § 466 a. a. O.), hinaus und verpflichtet auch dessen Erben, die Beklagten. Daß das Verfügungsrecht des Gottfried Berndt, als heres fiduciarius, über den Nachlaß seiner Ehefrau in dem Umfange erweitert war, als der Christian Stöhr nur in id, quod supererit, fideikommissarisch substituirt worden, ist durch den Inhalt des gemeinschaftlichen Testamentes außer Zweifel gesetzt und von den Parteien auch anerkannt. Allein das Recht, über jenen Nachlaß von Todeswegen zu verfügen, war dem Gottfried Berndt — wenn nicht schon durch das entgegenstehende Recht des heres fideicommissarius — durch die deutliche Vorschrift des A.L.R. I. 12 § 468 entzogen.

Hiernach steht die Verpflichtung der Beklagten zur Ausantwortung des Nachlasses der verehelichten Berndt an den Christian

Stöhr, jetzt dessen legitimirte Erben, im Umfange des Appellationsurtheils, außer Zweifel, und mußte daher der Widerspruch der Verklagten als unbegründet zurückgewiesen werden.

Gleich unbegründet ist aber auch das weitergehende Verlangen der Kläger auf Ausantwortung des dem längstlebenden Ehemanne Gottfried Berndt zustehenden Vermögenstheiles; denn anders gestalten sich und eingeschränkter sind die Rechte des Christian Stöhr aus dem gemeinschaftlichen Testamente an dem eigenen Vermögen des letzteren. Ein wechselseitiges korrespektives Testament enthält — nach Gegenstand und Rechtswirkung — zwei Testamentswillen in einer gemeinsamen Urkunde, und jeder der testirenden Eheleute beruft in der Person des anderen Ehegatten und des in zweiter Linie bedachten Nacherben mehrere direkte Erben. Mit selbst gegebener Nothwendigkeit ist die Eigenschaft des überlebenden Ehegatten als heres fiduciarius und die Eigenschaft des eventuellen Erben als heres fideicommissarius an den Tod des erstversterbenden Ehegatten geknüpft, und die Möglichkeit ausgeschlossen, daß eine gleiche Eventualität auch für das eigene Vermögen und also für den dereinstigen eigenen Nachlaß des längstlebenden Ehegatten entstehen könnte, weil für diesen Fall — durch den Tod des erstverstorbenen Ehegatten — die Mittelsperson fehlt, welcher das Vermögen des längstlebenden Ehegatten zur Ausantwortung an den Dritten anvertraut werden könnte. Der längstlebende Ehegatte, also hier der Gottfried Berndt, besitzt daher — wenn ihm nicht direkt in dem wechselseitigen Testamente eine bestimmte Erbeseinsetzung vorgeschrieben ist — das ihm nach dem Tode des vorverstorbenen Ehegatten zugefallene eigene Vermögen nicht als ein Fiduziar, sondern — unabhängig von dem Testamentswillen — als Eigenthümer; das Vermögen macht sein besonderes Eigenthum aus. Wenn nun auch ein solcher überlebender Ehegatte, als Folge der Korrespektivität, d. h. der bedingungsweisen Erbesberufung seitens des verstorbenen Ehegatten, von seinen eigenen testamentarischen Anordnungen, insbesondere solchen, welche zum Besten der Verwandten des verstorbenen Ehegatten abzielen, nicht abzugehen berechtigt ist (A.L.R. II. 1 §§ 492, 493), also insoweit durch den wechselseitigen Testamentswillen gebunden und vermögensrechtlich beschränkt ist, so kann doch der Nacherbe, welcher durch den Tod des erstverstorbenen Ehegatten nur in Ansehung dessen Nachlasses transmissibele Rechte aus dem Erbanfalle erworben hat, gleiche Rechte

auf die noch nicht eröffnete — nicht angefallene — Erbschaft des überlebenden Ehegatten, in Bezug auf welchen er kein fideikommissarischer, sondern ein direkter Erbe ist, nicht erwerben. Sein Erbrecht aus dem wechselseitigen Testamente in den dereinstigen eigenen — nicht fideikommissarisch besessenen — Nachlaß des längstlebenden Ehegatten wird bedingt durch den Erbanfall, und dieser Erbanfall, soweit nicht der — hier ausgeschlossene — Fall des A.L.R. II. 1 § 443 eine Ausnahme macht, setzt voraus, daß der Erbe den Tod des längstlebenden Ehegatten erlebt hat. (I. 9 §§ 367 ff. a. a. O.) Da nun der in dem wechselseitigen Testamente als Nacherbe eingesetzte Christian Stöhr vor dem längstlebenden Ehemanne Gottfried Berndt verstorben ist, so ist ihm die Erbschaft in Ansehung des eigenen Vermögens des Gottfried Berndt nicht angefallen und kann er Rechte aus einem Erbanfalle daher auch auf seine Erben nicht transmittiren. Da er auch andere übertragbare Rechte an den dereinstigen Nachlaß des überlebenden Ehegatten nicht erworben hatte, sein eigenes Sukzessionsrecht aber durch seinen früheren Tod erloschen ist, so war auch die Einschränkung des überlebenden Ehegatten in Ansehung der letztwilligen Disposition über sein eigenes Vermögen (I. 12 §§ 467, 468; II. 1 §§ 492, 493 a. a. O.) beseitigt, da auch darin dem Appellationsrichter beigetreten werden muß, daß die Erben des Christian Stöhr in dem wechselseitigen Testamente als Erben nicht berufen, sondern durch die Klausel in dem wechselseitigen Testamente der Gottfried Berndt'schen Eheleute, daß neben Christian Stöhr ihre sonstigen Verwandten beim Tode des längstlebenden Ehegatten keinen Anspruch machen dürfen, geradezu ausgeschlossen (vgl. Entsch. Bd. 36, 62, Bd. 40, 114, Bd. 51, 239, Bd. 64, 162, Förster, Theorie und Praxis Bd. 4 S. 201).

Hiernach war also der Anspruch der Kläger aus dem gemeinschaftlichen Testamente auf das eigene Vermögen des längstlebenden Gottfried Berndt ein unberechtigter, und mußte daher das Appellationsurtheil, auf die Beschwerde beider Theile, bestätigt werden.

---

## Nr. 141.

**Die Vorschriften des A.L.R. II. 1 §§ 491, 492 finden**
1. **nicht bloß bei wechselseitigen Testamenten, sondern auch bei Erbverträgen der Ehegatten Anwendung, und**
2. **auch in dem Falle, daß die Ehegatten sich nicht wechselseitig zu Erben eingesetzt, sondern sich nur Vermächtnisse zugewendet haben.**

A.L.R. II. 1 §§ 482—494, I. 12 §§ 614, 646.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 5. Januar 1880 in Sachen J. wider v. S. u. Gen. 45/79.)

Die Revision der Beklagten gegen das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Glogau ist für unbegründet erachtet aus folgenden

Gründen:

Ob die Auffassung des Appellationsrichters in Bezug auf A.L.R. I. 12 §§ 632, 646 und das Präjudiz Nr. 1234 eine richtige ist, kann dahingestellt bleiben. Die Entscheidung erscheint jedenfalls aus folgendem Grunde gerechtfertigt.

Der Erbvertrag ist zwischen Eheleuten geschlossen. Daher finden, wie dies von dem preußischen Ober-Tribunal bei Gelegenheit des Plenarbeschlusses vom 3. Oktober 1849 (Entscheidungen Bd. 18 S. 19 ff.) ausgesprochen ist, soweit es sich um Zuwendungen an dritte Personen handelt, in Folge der Bestimmung des § 646 a. a. O. die Vorschriften über die wechselseitigen Testamente der Eheleute unbedenklich Anwendung, also namentlich auch die §§ 492 und 493 A.L.R. II. 1. An der Richtigkeit dieses Satzes kann auch füglich nicht gezweifelt werden. Dagegen kann allerdings ein Zweifel in anderer Beziehung angeregt werden.

Die §§ 482 ff. A.L.R. II. 1 enthalten nämlich nur Bestimmungen für den Fall, wenn die Eheleute einander zu Erben eingesetzt haben. Da sie dies im vorliegenden Falle nicht gethan haben, so kann die Ansicht aufgestellt werden, die gedachten Paragraphen, und also auch die §§ 492 und 493 seien für den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Solcher Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden.

Für diese Ansicht sprechen allerdings die Worte des Gesetzes, wie auch die Worte des A.L.R. I. 12 § 614. Was nun zunächst letzteren Paragraphen anbelangt, so ist bereits in dem Urtheil des preußischen Ober-Tribunals vom 4. Oktober 1861 (Entscheidungen Bd. 46 S. 93 ff.) bemerklich gemacht, und es kann auch daran

nicht gezweifelt werden, daß in diesem Paragraphen nicht eine Begriffsbestimmung des wechselseitigen Testaments hat gegeben, sondern allein hat sollen ausgesprochen werden, daß wechselseitige Testamente nur unter Eheleuten errichtet werden können.

Anlangend die §§ 482 ff. A.L.R. II. 1, so kommt dabei Folgendes in Betracht. In dem schon erwähnten Urtheil des Ober-Tribunals vom 4. Oktober 1861 ist nachgewiesen, daß unter den älteren Schriftstellern des gemeinen Rechts darüber kein Zweifel bestanden hat, daß das karakteristische Merkmal des wechselseitigen (korrespektiven) Testaments darin liege, daß die Testatoren einander gegenseitig Zuwendungen machen, und daß die Zuwendungen ebensowohl in Begründung einer Universalsukzession als der Zuwendung eines Vermächtnisses bestehen können. Daß an dieser Begriffsbestimmung des wechselseitigen Testaments etwas zu ändern bei Redaktion des Allgemeinen Landrechts beabsichtigt worden sei, ist nicht anzunehmen. Vgl. Suarez amtliche Vorträge in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. 41 S. 82, 83 und Sommer in dem neuen Archiv für preußisches Recht und Verfahren Bd. II. S. 235. Wenn dessenungeachtet das Gesetz nur solche wechselseitige Testamente erwähnt, in denen die Eheleute sich gegenseitig zu Erben einsetzen, so liegt der Anlaß wohl darin, daß diese Weise der Verfügung die unter Eheleuten gewöhnlichste ist. Es kann aber daraus nicht gefolgert werden, daß im Falle einer anderen Weise der Verfügung über ihre beiderseitigen Nachläße die §§ 482 ff. a. a. O. keine Anwendung finden können. So haben auch die Kommentatoren des Allgemeinen Landrechts die Sache aufgefaßt. Vgl. Förster, Privatrecht § 257 und die dort zitirten Autoren.

Unter Zugrundlegung der vorstehenden Grundsätze ergiebt sich für den vorliegenden Fall Folgendes:

Die Absicht der G.'schen Eheleute ist dahin gegangen, daß, wenn in der Ehe keine Kinder geboren werden, nach dem Tode beider Eheleute das gesammte Vermögen den Kindern der Ehefrau zufalle. Um diesen Zweck zu erreichen, hat der Ehemann seinem Erbrecht in den Nachlaß der Ehefrau entsagt und die Ehefrau hat ihre Kinder zu ihren Erben eingesetzt. Ebenso hat der Ehemann für den Fall, daß seine Ehefrau vor ihm verstürbe, deren Kinder zu seinen Erben ernannt. Außerdem hat die Ehefrau dem Ehemanne ein Legat, nämlich den Zinsgenuß von 10,000 Thlr., vermacht. Es kann daran

nicht gezweifelt werden, daß die Ehefrau dem Ehemanne das Legat mit Rücksicht darauf zuwendete, daß er einerseits dem Erbrecht in ihren Nachlaß entsagte und andererseits ihre Kinder zu seinen Erben ernannte. Der Ehemann aber hat das Legat angenommen. Daher war er nach A.L.R. II. 1 §§ 492, 493 nicht berechtigt, von seiner eigenen Verordnung abzugehen. Denn der Umstand, daß die Ehefrau ihn nicht zum Erben ihres Nachlasses eingesetzt, sondern in Folge der getroffenen Vereinbarung ihn wegen seines gesetzlichen Erbrechts durch ein Legat absand, giebt mit Rücksicht auf die vorstehende Ausführung keinen Grund, die Anwendbarkeit der gedachten Paragraphen auszuschließen.

War aber der Ehemann nicht berechtigt, von seiner Verordnung abzugehen, so war er nicht berechtigt, über seinen Nachlaß zu Gunsten der Verklagten zu verfügen.

---

## Nr. 142.

**1. Liegt in einer Vollmacht zum Verkaufe zugleich die Befugniß, das Vorhandensein oder das Fehlen bestimmter Eigenschaften der verkauften Sache zu versprechen? oder bedarf es hierzu einer Spezialvollmacht?**

A.L.R. I. 13 §§ 98, 85, 53.

**2. Die Wandelungsklage ist begründet, wenn die verkaufte Sache zur Zeit des erklärten Rücktritts vom Vertrage in demselben Zustande zurückgegeben werden konnte. Ob sie später verschlechtert oder untergegangen ist, kommt nicht in Betracht.**

A.L.R. I. 5 §§ 319, 366, 327, I. 11 §§ 192, 198, I. 16 §§ 15, 16.

**3. Wer sich die Vortheile aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag aneignet, genehmigt damit dieselbe.**

A.L.R. I. 13 §§ 142 ff.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 5. Januar 1880 in Sachen B., Klägers, wider G., Beklagten. 14/79.)

Der Kläger B. behauptet, der Beklagte habe seinen Schwiegervater R. mit dem Verkauf eines Fohlen beauftragt, und dieser ihm — dem Kläger — bei dem Ankauf ausdrücklich garantirt, daß das Fohlen ganz gesund und ohne jeden Fehler sei. Weil dasselbe jedoch an krampfhafter Bewegung der Hinterbeine gelitten habe, ist Kläger vom Vertrage zurückgetreten. Die angestellte Wandelungsklage ist von dem zweiten Richter, dem vormaligen preuß. Appell.-Gericht zu

Stettin, zurückgewiesen. Dieses Erkenntniß hat das Reichsgericht auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers vernichtet aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter hat die Klage, soweit durch dieselbe Gewährleistung wegen fehlender ausdrücklich vorbedungener Eigenschaften verlangt wird, um deswillen für unbegründet erachtet, weil der Bevollmächtigte des Beklagten zu Uebernahme der Garantie, daß das verkaufte Pferd ganz gesund und frei von jeglichem Fehler sei, einer ausdrücklichen Ermächtigung bedurft, Kläger aber nicht behauptet habe, daß demselben von dem Beklagten eine solche Ermächtigung ertheilt sei. Denn nur, so führt der Appellationsrichter aus, was der Bevollmächtigte zufolge des erhaltenen Auftrags mit einem Dritten verhandelt, verpflichtet den Machtgeber, A.L.R. I. 13 § 85. Der Verkaufsauftrag schließe nicht die Ermächtigung in sich, in Betreff der zu verkaufenden Sache gewisse Eigenschaften so zuzusichern, daß für dieselben der auftraggebende Eigenthümer dem Käufer aufzukommen habe. Es lasse sich nicht annehmen, daß eine solche Ausdehnung der Vollmacht nach der Natur des Geschäfts oder der bekannten Absicht des Machtgebers nothwendig gewesen sei. A.L.R. I. 13 § 53.

Mit Recht findet die Nichtigkeitsbeschwerde in diesen Aufstellungen einen rechtsgrundsätzlichen Verstoß.

Das Gesetz unterscheidet zwischen den Fällen, in welchen der Machtgeber dem Bevollmächtigten wegen Ausrichtung des ihm aufgetragenen Geschäfts eine bestimmte Vorschrift oder besondere Instruktion ertheilt hat, und denjenigen Fällen, in welchen die Bevollmächtigung zu einem gewissen Geschäfte ohne ausdrücklich beigefügte Einschränkungen oder ohne Beziehung auf eine besondere Instruktion stattgefunden hat. Im ersteren Falle darf der Bevollmächtigte von der ihm ertheilten bestimmten Vorschrift oder besonderen Instruktion nicht abgehen und der Machtgeber ist, soweit der Bevollmächtigte die Grenzen des Auftrages überschritten hat, dem Dritten in der Regel nicht verpflichtet; vielmehr hat sich der letztere, dessen Sache es ist, durch Einsicht der Vollmacht oder Instruktion über den Umfang des Auftrags sich zu vergewissern, wegen eines gegen die Anweisung des Machtgebers vollzogenen Geschäfts an den Dritten zu halten. A.L.R. I. 13 §§ 90, 91, 92, 93, 96, 97, 49. Einschränkungen und Ausdehnungen der Vollmacht, welche nach der Natur des Geschäfts oder

der bekannten Absicht des Machtgebers nothwendig sind, sollen nicht als unerlaubte Abweichungen von der gegebenen Vorschrift angesehen werden und sind deshalb für den Machtgeber sowohl dem Bevollmächtigten als auch dem Dritten gegenüber verbindlich. § 53 a. a. O. Im zweiten Falle wird der Machtgeber durch alle von dem Bevollmächtigten zur Vollziehung des ihm aufgetragenen Geschäfts unternommenen Handlungen verpflichtet, insofern nicht die Gesetze eine Spezialvollmacht dazu erfordern. § 98 a. a. O. Es werden also die Grenzen des Auftrages in jenem Falle durch den ausdrücklich geäußerten Willen des Machtgebers, in diesem durch das Gesetz bestimmt. Der § 85 a. a. O., welcher besagt, daß das, was der Bevollmächtigte zufolge des erhaltenen Auftrages mit einem Dritten verhandelt, den Machtgeber ebenso verpflichtet, als ob die Verhandlung mit ihm selbst vollzogen wäre, umfaßt beide Fälle und es sind die Worte „zufolge des erhaltenen Auftrags" gleichbedeutend mit: „innerhalb der durch den ausgesprochenen Willen des Machtgebers oder durch das Gesetz bestimmten Grenzen des erhaltenen Auftrags." Die Thatsache, daß der Machtgeber den Bevollmächtigten zur Ausrichtung des Geschäfts mit einer besonderen Vorschrift oder Instruktion versehen oder der Vollmacht Einschränkungen beigefügt hat, ist, wenn die Auftragsertheilung im Allgemeinen feststeht, von dem Machtgeber zu führen, und so lange dieser Nachweis nicht geführt ist, muß gemäß § 98 a. a. O. der Machtgeber durch alle von dem Bevollmächtigten zur Vollziehung des Geschäfts unternommenen Handlungen für verpflichtet erachtet werden, sofern nicht die Gesetze eine Spezialvollmacht dazu erfordern, deren Existenz alsdann der Dritte darzuthun hat. Es ermangelt nun das angefochtene Erkenntniß einerseits der Feststellung, daß der Beklagte seinem Schwiegervater R. eine eingeschränkte Vollmacht ertheilt hat, die die Zusicherung der vollständigen Fehlerfreiheit des Pferdes ausschloß, und andererseits, daß eine solche Zusicherung zu denjenigen Handlungen gehörte, zu welchen die Gesetze eine Spezialvollmacht erfordern.

Wenn der Appellationsrichter dessen ungeachtet annimmt, daß die fragliche Garantie außerhalb der Grenzen des Auftrages gelegen habe, und von dem Kläger die Darlegung verlangt, daß Beklagter seinen Bevollmächtigten zur Uebernahme der zugesicherten Gewährleistung ermächtigt habe, weil der Verkaufsauftrag die Ermächtigung

nicht in sich schließe, so hat er sich der von dem Imploranten gerügten Verletzung des A.L.R. I. 13 §§ 98, 85, 53 sowie des die Beweislast regelnden Rechtsgrundsatzes, daß keine Thatsache vermuthet wird, A.G.O. I. 13 § 28, schuldig gemacht. Gehörte die Uebernahme der zugesicherten Gewährleistung nicht zu den Handlungen, zu welchen nach den Gesetzen eine Spezialvollmacht erforderlich ist, und war der Auftrag hinsichtlich dieser Uebernahme nicht ausdrücklich eingeschränkt, so lag die fragliche Garantie innerhalb der Grenzen des Auftrags, und der ꝛc. R. hat, wenn er sie übernahm, zufolge des erhaltenen Auftrags gehandelt, so daß er den Beklagten verpflichtet hat. § 85 ibid. — Die §§ 93, 85 a. a. O. sind durch unterlassene Anwendung; der § 53, welcher den Fall einer Ueberschreitung der Vollmacht im Auge hat, durch unpassende Anwendung verletzt. Gegen die Regeln der Beweislast ist insofern gefehlt, als nicht der Kläger die ausdrückliche Ausdehnung der Vollmacht, sondern der Beklagte die Einschränkung derselben, welche nicht vermuthet wird, zu beweisen hat.

Es mußte sonach das Appellationserkenntniß der Vernichtung unterliegen.

Bei der nunmehr eintretenden freien Beurtheilung des Streitverhältnisses konnte jedoch in der Sache selbst noch nicht definitiv erkannt werden.

(Es folgt hier eine längere Erörterung über die Anwendbarkeit des Lübischen Rechts in Stargard-Pommern.)

Für die Entscheidung, ob Kläger zum Rücktritte vom Vertrage wegen fehlender vorbedungener Eigenschaften befugt war, sind die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts maßgebend (I. 5 §§ 319, 326, 327, I. 11 §§ 192, 198).

Mit Unrecht erachtet der Beklagte das Rücktrittsrecht des Klägers für erloschen, weil, nachdem das Pferd inzwischen verstorben ist, die Rückgabe desselben nicht mehr bewirkt werden könne (I. 5 § 327). Wie schon das preußische Ober-Tribunal (Entscheidungen Bd. 41 S. 40; Striethorst Archiv Bd. 33 S. 82) und das Reichs-Oberhandelsgericht (Entscheidungen Bd. 10 S. 275) ausgeführt haben, kommt es bei Begründung der Wandelungsklage nur darauf an, daß der Empfänger zur Rückgabe der Sache in demselben Zustande **zur Zeit der Rücktrittserklärung** im Stande ist, wogegen die Klage dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß die Sache nach er-

klärtem Rücktritte durch Zufall, ohne Verschulden des Empfängers, verschlechtert wird oder untergeht. Denn der Redhibitionsverpflichtete, welcher dem erklärten Verlangen des Empfängers zur Zurücknahme der Sache nicht nachkommt, befindet sich im Verzuge und ein inzwischen eintretender zufälliger Untergang der Sache erscheint daher als Folge des Verzuges, welche er nach A.L.R. I. 16 §§ 15, 16 dem Berechtigten gegenüber zu vertreten hat, so daß er sich seinerseits nicht darauf berufen kann. Der Beklagte hat eingeräumt, daß der Kläger bereits am 18. März 1878 ihm von der angeblichen Krankheit des Pferdes Anzeige gemacht und von ihm die Auflösung des Vertrages verlangt, also seinen Rücktritt von dem letzteren erklärt habe. Das Pferd ist dagegen nach der — in dieser Hinsicht beklagterseits nicht ausdrücklich bemängelten — Angabe des Klägers erst am 14. Juli 1878 verstorben. Der Beklagte hat nun allerdings behauptet, daß der Kläger das Pferd vom Tage des Erwerbes ab fortwährend zu allen möglichen Arbeiten und namentlich zu den schwersten Acker-, Dünger- und Wirthschaftsfuhren gebraucht habe, und sich auf das Gutachten des Thierarztes F. darüber berufen, daß lediglich in Folge dieser ungewöhnlichen Anstrengung das Pferd erkrankt und krepirt sei. Allein dieser Einwand ist nicht gehörig substanziirt. Es hätte die Art des Gebrauchs des Pferdes näher angezeigt werden sollen. Die Behauptung, das Pferd sei zu allen möglichen Arbeiten und zu den schwersten Fuhren verwendet, ist zu allgemein gehalten und kann nicht zum Gegenstande der Beweiserhebung gemacht werden. Sonach fehlt es aber dem Sachverständigen an einem Anhalte für das von ihm abzugebende Gutachten, und es läßt sich daher ein Verschulden des Klägers an dem Untergange des Pferdes nicht feststellen.

Nach der Klagebehauptung ist dem Kläger die ausdrückliche Garantie ertheilt worden, daß das verkaufte Pferd ganz gesund und frei von jeglichem Fehler sei. In dieser Garantieübernahme ist die Zusicherung einer besonderen, der Sache nicht schon der Regel nach zukommenden Eigenschaft zu finden, so daß es sich um eine ausdrücklich vorbedungene Eigenschaft im Sinne des A.L.R. I. 5 §§ 319, 325 ff. handelt (vgl. Striethorst Archiv Bd. 4 S. 16).

Der Bevollmächtigte des Beklagten bedurfte zu der Ertheilung der Garantie keines Spezialauftrages. Daß Beklagter die Vollmacht nach dieser Richtung hin ausdrücklich eingeschränkt hat, ist nicht

geltend gemacht worden. Der Beklagte ist deshalb — nach dem oben Ausgeführten — wenn der Altsitzer R. als sein Beauftragter die fragliche Garantie übernommen hat, dem Kläger gegenüber zur Gewährung der zugesicherten Eigenschaft verpflichtet. Daß, wie in Ermangelung einer entgegenstehenden ausdrücklichen Behauptung des Klägers angenommen werden muß, der Beklagte dem ꝛc. R. keinen schriftlichen Auftrag ertheilt hat, ist gleichgültig. Unstreitig hat Beklagter das Kaufgeld in Empfang genommen, sich also den aus dem Geschäfte entstandenen Vortheil angeeignet; dadurch hat er aber die Geschäftsführung des Bevollmächtigten genehmigt. (Vgl. A.L.R. I. 13 §§ 142 ff.; Entscheidungen des preußischen Ober-Tribunals Bd. 9 S. 229; Bd. 19 S. 29; Striethorst Archiv Bd. 66 S. 39.)

---

## Nr. 143.

**Die Klage aus der nützlichen Verwendung steht dem Verkäufer einer Sache gegen denjenigen, welcher sie durch einen selbständigen lästigen Vertrag vom Käufer erworben hat, nicht zu.**

A.L.R. I. 13 §§ 230, 262, 277.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 3. Februar 1880 in Sachen H. wider P. 17/79.)

Der Appell.-Richter, das frühere ostpreußische Tribunal, hat festgestellt, daß Beklagter vertragsmäßig dem Zimmermeister D. den Aufbau eines Stalles übertragen hatte. D. hat das zum Stalle verwendete Holz vom Kläger gekauft. Die Klage des letztern wegen nützlicher Verwendung des Holzes in das Vermögen des Beklagten ist für unbegründet erachtet, und die gegen diese Entscheidung vom Kläger erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Endlich erscheint auch der Angriff wegen Verletzung des A.L.R. I. 13 §§ 230, 262, 277 verfehlt, da der Appellationsrichter mit Recht annimmt, daß die Klage aus der nützlichen Verwendung dem Verkäufer einer Sache gegen denjenigen, welcher sie durch einen anderen selbständigen lästigen Vertrag vom Käufer erworben hat, nicht zusteht.*)

---

*) Vgl. Entsch. des Ober-Tribunals Bd. 56 S. 114, des R.-Ob.-H.-Ger. Bd. 3 S. 377; Förster, Theorie ꝛc. edit. 3 Bd. 2 S. 415 N. 14.

## Nr. 144.

**Die Uebergabe der zu verwaltenden Sache bildet ein wesentliches Erforderniß des Verwaltungsvertrages.**

A.L.R. I. 14 §§ 109, 9, 10, 124.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 24. Februar 1880 in Sachen des Kaufmanns K., Klägers und Imploranten, wider den Gutsbesitzer S., Beklagten und Imploraten. 199/79.)

Der Kläger hat dem Gutsinspektor L. Guano ꝛc. angeblich für das Gut des Beklagten geliefert. Er fordert Zahlung von dem Beklagten, weil der Inspektor L. Verwalter des Gutes gewesen sei und die Anschaffung von Düngungsstoffen zu den laufenden Verwaltungsgeschäften gehöre, eventuell auch wegen Genehmigung des Vertrages durch den Beklagten. Dieser bestritt beide Klagefundamente. Nach seiner Behauptung ist L. nur Inspektor, nicht Verwalter gewesen, und ihm namentlich nicht das Gut behufs der Verwaltung übergeben worden. Das vormalige preußische Appellationsgericht zu Naumburg erachtete für bewiesen, daß die Uebergabe des Gutes in die Verwaltung des L. nicht stattgefunden habe, schloß deshalb die Anwendung der Grundsätze des A.L.R. I. 14 aus und erkannte auf den in Betreff der Genehmigung dem Beklagten deferirten Eid. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers gegen dieses Erkenntniß ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Nichtigkeitsbeschwerde beschuldigt mit Unrecht den Appellationsrichter, den Begriff und den wesentlichen Karakter des Verwaltungsvertrages (Nichtigkeitsgrund nach Nr. 9 der Instruktion vom 7. April 1839) verkannt und die §§ 5, 85, 122 A.L.R. I. 13, §§ 109, 110 I. 14 verletzt zu haben. Wenn der Gutsinspektor L. verpflichtet war, für die Erhaltung und Bewirthschaftung des Guts des Beklagten Bedacht zu nehmen, wenn er „sogar“ ermächtigt war, Düngmittel zu beziehen, so folgt daraus noch nicht, wie Implorant anzunehmen scheint, daß zwischen L. und dem Beklagten ein Verwaltungsvertrag im Sinne des Abschn. 2 A.L.R. I. 14 bestanden hat. Jene Verbindlichkeit und jene Ermächtigung des L. konnten sehr wohl auch auf einem bloßen Mandate beruhen und sie konnten also bestehen, ohne daß das Gut dem L. zur Verwaltung übergeben war. Diese Uebergabe der zu verwaltenden Sache bildet ein wesentliches Erforderniß des Verwaltungsvertrages; sie wird im § 109

a. a. O., welcher die Verbindlichkeit zur Aufbewahrung enthält, nothwendig vorausgesetzt (vergl. § 9 das.) und nicht minder beruht § 124, welcher dem Verwalter die possessorischen Rechtsmittel giebt, auf der Voraussetzung der Uebergabe der zu verwaltenden Sache:

Vgl. Erkenntniß des preußischen Ober-Tribunals vom 17. Januar 1868, Striethorst Bd. 69 S. 315.

Durch diese Uebergabe zur Verwaltung überträgt der Eigenthümer, wie § 110 a. a. O. besagt, die Administration der Sache auf den Verwalter dergestalt, daß dieser innerhalb der gesetzlichen Grenzen (§§ 111 ff. das.) an Stelle des Eigenthümers selbständig disponirt. Eine solche Verwaltung liegt aber nicht vor, wenn der Eigenthümer selbst verwaltet. Alsdann ist der Gutsinspektor, auch wenn er die umfassendsten Vollmachten besitzt und Verwalter genannt wird, nicht Verwalter im Sinne des § 109 ebendaselbst.

Vgl. Striethorst Archiv Bd. 83 S. 101 ff.

Diese wesentlichen Merkmale des Verwaltungsvertrages hat der Appellationsrichter erkennbar im Auge, wenn er unterscheidet zwischen einem Verwalter im Sinne des A.L.R. I. 14 und dem Inspektor oder sogenannten Verwalter, welcher nur die laufenden rein wirthschaftlichen Thätigkeiten übernommen hat, während der Eigenthümer des Guts aus der Entfernung selbst verwaltet.

---

## Nr. 145.

### Gehört zur Rechnungslegung die Ausantwortung der Beläge?

A.L.R. I. 14 § 139, A.G.O. I. 45 § 6.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 21. Februar 1880 in Sachen des Kaufmanns D., Beklagten, wider den Partikulier C., Kläger. 69/80.)

Der Kläger hat eine dem Beklagten ertheilte Generalvollmacht gekündigt und klagt gegen denselben auf Rechnungslegung nebst Herausgabe der Beläge. Der zweite Richter — das vormalige preuß. Appell.-Gericht zu Breslau — hat nach dem Antrage erkannt. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter, und das ist der einzige Beschwerdepunkt dieser Instanz, hält den Beklagten — mit der Rechnung — auch zur Herausgabe der dazu gehörigen Beläge verbunden. Er meint, zu

dieser Rechnung gehörten die Beläge als Zubehör und müßten dem Kläger auch ausgehändigt werden. Ob der Verklagte, so fährt der Appellationsrichter fort, sich beglaubigte oder nicht beglaubigte Abschriften zurückbehalten wolle, müsse ihm überlassen bleiben; als dominus negotii habe jedenfalls der Machtgeber, also Kläger, ein Recht auf die Beläge (A.L.R. I. 14 § 139, A.G.O. I. 45 § 6). Durch diese Erwägung soll der Appellationsrichter die Vorschriften A.L.R. I. 14 §§ 139, 145, 160, 161, I. 13 §§ 61, 62 und A.G.O. I. 45 § 6 verletzt haben. Allein das kann nicht anerkannt werden. Von den in der Richtigkeitsbeschwerde als verletzt bezeichneten Gesetzesvorschriften erwähnen die Beläge nur der § 139 A.L.R. I. 14 und der § 6 A.G.O. I. 45. Das Gesetz stellt durchaus keine allgemeine Regel auf über die Pflicht des Rechnungslegers zur Produktion und Mitaushändigung der Beläge, überläßt es vielmehr im einzelnen Falle dem Rechnungsabnehmer und dem Richter, zu bestimmen, was in dieser Beziehung nothwendig und nützlich ist. Also, zumeist ist es eine Thatfrage. Unrichtig ist der Satz des Appellationsrichters, daß zu einer Rechnung auch die vorhandenen Beläge gehörten, nicht; denn ohne Beläge kann die Richtigkeit einer gelegten Rechnung weder in Einnahme noch in Ausgabe geprüft werden. Das Gegentheil besagen auch nicht die angerufenen Gesetzesvorschriften; sie können vielmehr für die Nothwendigkeit der Beläge angeführt werden. Der Angriff ist daher verfehlt.

Die Richtigkeitsbeschwerde stellt noch einen Satz als Rechtsregel auf, wonach das Recht auf Herausgabe der Beläge an den Zeitpunkt der Decharge geknüpft wird. Allein auf allgemeine Gültigkeit kann dieser Satz keinen Anspruch machen. Schon der von der Richtigkeitsbeschwerde selbst angerufene § 139 I. 14 des preuß. A.L.R. steht dem formulirten Satze entgegen; denn nach dieser Vorschrift soll ein Verwalter in der Regel seine Rechnung nebst Belägen sogleich nach Ablauf eines jeden Rechnungsjahres einreichen und auf deren Abnehmung antragen. Von einer Decharge kann also in diesem Zeitpunkte noch nicht die Rede sein, da erst noch die Abnahme der Rechnung durch den Prinzipal und die Erledigung der gezogenen Monita erfolgen soll. §§ 143, 144 a. a. O.

## Nr. 146.

### Ist für den Kreditauftrag (A.L.R. I. 14 § 215) schriftliche Form nothwendig?

A.L.R. I. 14 § 215, I. 5 § 167.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 13. Januar 1879 in Sachen D. wider M. 69/79.)

Zwischen den Parteien war streitig, ob die Beklagte, Wittwe D., Arbeiten für ihre Rechnung und mit dem Auftrage, sie ihrem Sohne zu übergeben, beim Kläger M. bestellt, oder ob sie den Kläger beauftragt hatte, ihrem Sohne für ihre Rechnung Kredit zu geben. Beklagte behauptete letzteres und wendete ein, der Auftrag hätte in beiden Fällen schriftlich ertheilt werden müssen.

Der zweite Richter, das frühere preuß. Kammergericht in Berlin, verurtheilte die Beklagte zur Zahlung. Die von ihr eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Feststellung des Vorderrichters gegenüber kann die Beschwerde Erfolg nicht haben, denn die Feststellung geht dahin:

> Verklagte hat den Sch. beauftragt, für ihre Rechnung dem Sohne die Arbeiten auf Kredit zu liefern.

Der Vorderrichter fügt hinzu:

> eine Bürgschaft sei nicht anzunehmen, da Verklagte sonst einen ihre unmittelbare Verpflichtung so unzweideutig zu erkennen gebenden Ausdruck nicht gewählt haben würde,

danach muß man annehmen, daß nach der Auffassung des Vorderrichters Verklagte als Bestellerin kontrahirt und nur die Ablieferung der Arbeiten an ihren Sohn vereinbart hat. Bei dieser Auffassung ist, da die Arbeiten geliefert sind, und da der Lieferung das Versprechen der Zahlung voraufgegangen ist, die Zahlungspflicht der Verklagten, trotz der mangelnden Schriftlichkeit des Auftrags nach A.L.R. I. 5 § 165 und I. 11 §§ 870, 873 begründet.

Aber auch wenn man Kreditauftrag im Sinne des A.L.R. I. 14 § 215 annimmt, gelangt man zu keinem anderen Resultate. Denn da in einem solchen Falle nach § 216 a. a. O. zwischen dem den Auftrag Gebenden und demjenigen, welcher ihn befolgt, eben die Rechte und Pflichten, wie zwischen einem Machtgeber und Bevollmächtigten entstehen, so muß wieder A.L.R. I. 5 § 165 zur Anwendung kommen, und es ist der Mangel der Schriftform unerheblich. Freilich ist die Ansicht vertreten, mit Rücksicht auf die Stellung des

§ 215 a. a. O. und die Entstehungsgeschichte der §§ 213 bis 218 a. a. O. (Monita der Revis. Pens. XIV. Motive zu Tit. 14 S. 25, 26) sei auch im Falle der §§ 215, 216 a. a. O. die Schriftform erforderlich; indessen hat der Gerichtshof keine Veranlassung gefunden, von der seitens des Königlich preuß. Ober-Tribunals mehrfach (Entscheid. des Ober-Tribunals Bd. 21 S. 98, Bd. 38 S. 105) ausgesprochenen und festgehaltenen Ansicht, es bedürfe nicht der Schriftform, abzuweichen.

---

## Nr. 147.

**Die gesetzliche Regel des preuß. Rechts, daß der Zahlende auch ohne ausdrückliche Cession in die Rechte des bezahlten Gläubigers tritt, fällt nur dann fort, wenn die Zahlung solvendi oder donandi causa erfolgte. Daß dieser Ausnahmefall vorliegt, ist von demjenigen zu beweisen, welcher Rechte daraus herleitet.**

A.L.R. I. 16 §§ 43—48.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (III. Hülfssenat) vom 18. Februar 1880 in Sachen v. W. u. Gen., Kläger, wider M., Beklagten. 90/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Kläger wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Bromberg ist zurückgewiesen. In den Entscheidungsgründen findet sich folgende Rechtsausführung:

Die Auslegung, welche die Nichtigkeitsbeschwerde den §§ 43 bis 48 A.L.R. I. 16 giebt, ist rechtsirrthümlich. Allerdings bestimmt die Absicht des Dritten, welcher für den Schuldner zahlt und ihn von seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber befreit (§ 43 a. a. O.), die Wirkung der Zahlung dem Schuldner gegenüber. Der Grund der Zahlung kann in einem von dem Schuldner ertheilten Auftrage liegen; es kann aber auch ohne Auftrag und sogar wider den Willen des Schuldners gezahlt sein. In diesen Fällen bestimmen sich die Rechte des Zahlenden dem Schuldner gegenüber nach den Vorschriften des ersten und zweiten — nicht des dritten — Abschnitts im 13. Titel Theil I. des A.L.R. (I. 16 § 45). Aber der § 46 a. a. O. fügt hinzu:

Ueberhaupt — d. h. in allen Fällen (vgl. A.L.R. I. 11 § 442) — tritt in der Regel der Zahlende, auch ohne ausdrückliche Cession, in die Rechte des bezahlten Gläubigers.

Hiernach präsumirt das Allgemeine Landrecht die Fortdauer

der Schuld und — auch ohne ausdrückliche Cession — den Erwerb derselben durch den Zahlenden, der überdies, wenn anders der Gläubiger zur Annahme der Zahlung durch den Dritten verbunden ist oder sie freiwillig angenommen hat (§ 50 a. a. O.), ausdrückliche Cession fordern kann und sie sich geben lassen muß, wenn es sich um Geltendmachung von Vorrechten, welche der Forderung ihrer Qualität nach beiwohnen, handelt, oder wenn der Zahlende sich der Sicherheit bedienen will, welche der bezahlten Forderung durch Bürgen oder Pfand bestellt ist (§§ 47, 48 a. a. O.).

Ein derartiger Erwerb der Forderung ist dann ausgeschlossen, wenn lediglich solvendi causa, um die Schuld zu tilgen, gezahlt ist. Existirt die Forderung nicht mehr, so kann selbstverständlich von einer Cession derselben die Rede nicht sein. Der Uebergang der Forderung findet auch dann nicht statt, wenn ihn der Zahlende nicht wollte, wenn er z. B. in der Absicht zu schenken gezahlt hat, oder wenn er dem Schuldner gegenüber verpflichtet war, aus seinen Mitteln dem Gläubiger zu zahlen.

In der Regel also vollzieht sich durch die Zahlung der Erwerb der Forderung: es wird angenommen, es sei emendi, nicht solvendi causa gezahlt. Diese gesetzliche Vermuthung zu widerlegen, ist Sache desjenigen, der ein Interesse daran hat, daß die Zahlung die Wirkung nicht habe, welche das Gesetz präsumirt, mithin des Schuldners, im vorliegenden Falle auch aus dem Grunde Sache der Kläger, als sie durch den gegen das Liquidat des Drittzahlenden beziehungsweise seines Cessionars erhobenen Widerspruch Rechte aus der geschehenen Zahlung geltend machen (Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869 §§ 70, 72).

---

## Nr. 148.

**Haben Zahlungen a conto stattgefunden, so ist der Gläubiger nicht berechtigt, Befriedigung wegen einer einzelnen beliebig herausgegriffenen Schuld zu verlangen.**

A.L.R. I. 16 § 149.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 2. März 1880 in Sachen des Kaufmanns H., Klägers und Imploranten, wider den Stellenbesitzer R., Beklagten und Imploraten. 111/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers wider das Erkenntniß

des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Ratibor ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Zahlungen, welche der Beklagte auf die Lieferungen aus den Jahren 1876 bis 1878 geleistet hat, sind nach dem Geständniß des Klägers in der Appellationsbeantwortung nicht auf bestimmte einzelne Lieferungen, sondern als a-Conto-Zahlungen geleistet. Sind aber dem beiderseitigen Willen der Parteien gemäß die Zahlungen auf die Gesammtforderung angenommen, so ist der Kläger nicht berechtigt, Zahlung einer einzelnen beliebig herausgegriffenen Post, sondern nur sein Restguthaben zu fordern.

Vgl. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 12 S. 155, 289, Bd. 16 S. 306.

Die Appellationsbeantwortung erkennt denn auch an, daß die eingeklagte Forderung ein Restguthaben sei. Der Kläger muß nun aber seinen Anspruch beweisen, und da der Beklagte Zahl und Betrag der vom Kläger behaupteten Lieferungen bestritten hat, so liegt der Beweis dieses Fundaments seines Anspruchs dem Kläger ob.

---

## Nr. 149.

**1. Die Anrechnung einer Zahlung auf eine verjährte Schuldpost ist unzulässig.**

A.L.R. I. 16 § 158. Striethorst Archiv Bd. 37 S. 328.

**2. Das Anerkenntniß einer verjährten Schuld bedarf, wenn ein Handelsgeschäft vorliegt, nicht der schriftlichen Form.**

A.L.R. I. 9 § 564. H.G.B. Art. 317.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 10. März 1880 in Sachen v. L., Beklagten und Imploranten, wider die E.'schen Erben, Kläger und Imploraten. 71/80.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten ist für begründet erachtet, und die Sache unter Vernichtung des Erkenntnisses des vormaligen preußischen Appellationsgerichts zu Posen zur weitern Verhandlung und Entscheidung in die zweite Instanz zurückverwiesen, aus folgenden

Gründen:

Das A.L.R. I. 16 § 158 verordnet, daß in Ermangelung anderer, in den vorhergehenden Paragraphen aufgeführten Bestimmungs-

gründe, eine Zahlung auf diejenige von mehreren Schuldposten in Anrechnung gebracht werden soll, welche am längsten verfallen ist. Der Appellationsrichter, welcher diese Vorschrift anwendet auf den Fall, in welchem die ältere Post zur Zeit der Zahlung bereits verjährt war, verletzt, wie die Nichtigkeitsbeschwerde zutreffend rügt, den angeführten und den § 502 I. 9 daselbst, weil er verkennt, daß eine verjährte Forderung als erloschen gilt, und daß eine Zahlung nur auf eine existente Forderung verrechnet werden kann.

Deshalb mußte die angefochtene Entscheidung in dem Umfange vernichtet werden, in welchem sie von diesem Angriffe der Nichtigkeitsbeschwerde getroffen wird.

In der Sache selbst konnte noch nicht definitiv erkannt werden. Die Kläger sind dem Verjährungseinwande mit der Behauptung entgegengetreten, Beklagter habe die zur Klage gestellte Restforderung zu zahlen versprochen.

Diese Behauptung muß dahin aufgefaßt werden, daß das Zahlungsversprechen erfolgt ist nach Leistung der letzten Abschlagszahlung, weil nach der Berechnung der Klage, in welcher die Behauptung aufgestellt ist, „diese restirende Schuld" sich bildet nach Abzug sämmtlicher Abschlagszahlungen. Es handelt sich also um ein Anerkenntniß nach bereits vollendeter Verjährung, welches nach A.L.R. I. 9 § 564 so beschaffen sein muß, daß es einen neuen Rechtsgrund abgiebt. Diesem Erfordernisse ist genügt, wenn der Beklagte den Klägern oder deren Erblasser versprochen hat, den Betrag von 293,50 M. als Rest seiner Schuld für die in der Klagerechnung aufgeführten Waaren zu zahlen. Der schriftlichen Form würde ein solches Anerkenntniß nicht bedurft haben, weil unbestritten die Waaren aus der Handlung eines Kaufmanns entnommen sind, also ein Handelsgeschäft vorliegt (Art. 273, 277 des Handelsgesetzbuchs), bei welchem die Gültigkeit des Vertrages durch die schriftliche Abfassung nicht bedingt ist (Art. 317), eine Bestimmung, welche auch Anwendung finden muß auf die Anerkenntnisse der Schuld aus einem Handelsgeschäfte (vgl. Entscheidungen des preußischen Ober-Tribunals Bd. 77 S. 298).

(Es wird dann bestimmt, daß der über die Behauptung angetretene Beweis erhoben werden soll).

---

## Nr. 150.

**Aus der Bestimmung des A.L.R., daß zu den die Erbschaft betreffenden Schulden die Erben gegen die Erbschaftsgläubiger gemeinschaftlich verpflichtet sind, folgt, daß es unzulässig ist, eine Schuld gegen den einen verklagten Erben als bestehend, gegen den andern als nicht bestehend zu erkennen.**

A.L.R. I. 17 § 127.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 20. Januar 1880 in Sachen der P.schen Erben wider T. 132/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der P.'schen Erben gegen das Erkenntniß des vormaligen preußischen Appellationsgerichts zu Bromberg ist für begründet erachtet, und die Sache zur weitern Verhandlung in die II. Instanz zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

Der Kläger hat wegen Zahlung der ihm nach seiner Behauptung gegen den Nachlaß des Rechtsanwalts P. zustehenden Forderung von 176,25 M. nebst Zinsen die sämmtlichen Erben nach den Kräften des Nachlasses in Anspruch genommen. Von dem Appellationsrichter ist die Forderung dem Miterben Paul P. gegenüber nicht für festgestellt erachtet, wohl aber den anderen Erben gegenüber, und demzufolge die Klage, soweit sie gegen Paul P. gerichtet ist, zurückgewiesen, dagegen die Verurtheilung der anderen Beklagten zur Zahlung der bezeichneten Summe nach den Kräften des Nachlasses ausgesprochen.

Mit Recht wird von den Imploranten die Verletzung des A.L.R. I. 17 § 127 gerügt.

Wie aus den Ausführungen des Appellationsrichters entnommen werden muß, ist der Nachlaß noch nicht getheilt. Nach landrechtlicher Auffassung bildet jedoch vor der Theilung die Erbschaft ein Ganzes, welches durch die Gesammtheit der Erben als Miteigenthümer repräsentirt wird. So lange die Gemeinschaft besteht, ist deshalb der einzelne Erbe zur Vertretung des Nachlasses weder aktiv noch passiv legitimirt, und ebenso wie nur die Gesammtheit der Erben zur Einziehung der Nachlaßaktiva befugt ist (§ 151 a. a. O.), haftet auch die Gesammtheit für die Berichtigung der Erbschaftsschulden aus dem Nachlasse. Dies drückt der allegirte § 127 dahin aus: Zu den die Erbschaft betreffenden Schulden und Lasten sind die Erben gegen die Erbschaftsgläubiger *gemeinschaftlich* — d. h. *zusammen* —

verpflichtet (vgl. Entscheidungen des preußischen Ober-Tribunals Bd. 10 S. 302, Bd. 44 S. 98; Striethorst Archiv Bd. 72 S. 175; Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 11 S. 204; Bd. 23 S. 127). Diese Auffassung schließt die Annahme aus, daß eine gegen den Nachlaß geltend gemachte Forderung dem einen Erben gegenüber für nicht bestehend, gegen den anderen aber für bestehend erachtet, und der letzte allein für schuldig erklärt werden könne, die Zahlung aus dem Nachlasse herbeizuführen. Die Feststellung einer Erbschaftsschuld muß der Gesammtheit der Erben gegenüber erfolgen, wenn die rechtliche Wirkung eintreten soll, daß für ihre Berichtigung der ungetheilte Nachlaß haftet. Der Appellationsrichter hat deshalb gegen den § 127 a. a. O. verstoßen, wenn er, obgleich er die Klage gegen den einen Miterben wegen mangelnder Feststellung der Forderung zurückwies, die Imploranten zur Zahlung der Schuld nach den Kräften des Nachlasses, d. h. aus dem Nachlasse verurtheilte.

---

## Nr. 151.

**Der Eigenthümer eines mit einer Reallast beschwerten Grundstückes haftet für die während seiner Besitzzeit fällig werdenden Leistungen persönlich.**

A.L.R. I. 18 § 703.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 12. Januar 1880 in Sachen D., Beklagten, wider M., Kläger. 110/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Hamm ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Der vom Imploranten aufgestellte Rechtsgrundsatz:

> „der Besitzer eines mit einer Reallast behafteten Grundstücks haftet nur dinglich, das heißt nur mit dem Grundstücke für die Erfüllung der Reallast“ —

existirt nicht in dem von ihm gemeinten Sinne, daß der Besitzer nicht persönlich die einzelnen Leistungen zu gewähren habe. Es ist zwar richtig, daß in dem Plenarbeschlusse des Ober-Tribunals vom 8. Januar 1855 (Präjudiz 2593, Sammlung Bd. 2 S. 19; Entscheidungen Bd. 29 S. 510) das Altentheil als ein in allen seinen Theilen unmittelbares dingliches Recht aufgefaßt und daß in Folge dessen dort die beiden Rechtsgrundsätze aufgestellt worden sind,

1) daß die dingliche Verbindlichkeit auf jeden Besitzer der belasteten Sache übergeht und von demselben anerkannt und erfüllt werden muß, sowie
2) daß der Berechtigte gegen Jeden, welcher sein dingliches Recht verletzt, eine dingliche Klage hat, —

damit ist indeß die Reihe der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Berechtigten und dem Besitzer des belasteten Grundstücks nicht erschöpft. Die angeführten Grundsätze betreffen nur die rechtliche Natur des Altentheils selbst, nicht die juristische Qualifizirung der einzelnen daraus entspringenden Leistungen. In dieser Beziehung spricht der § 703 A.L.R. I. 18 den allgemeinen Rechtsgrundsatz aus, daß der Besitzer eines mit Reallasten beschwerten Grundstücks für die in seine Besitzzeit fallenden Leistungen persönlich hafte, und aus demselben Grunde wird der Verpflichtete durch Verlassung des Grundstücks oder einseitige Entsagung für seine Person nicht befreit (§§ 803 ff., 806 ff. a. a. O. und A.L.R. I. 19 § 30). Die einzelnen Leistungen sollen „aus dem Gute" entrichtet werden, sie können daher nur gewährt werden von dem zeitigen Besitzer, welcher sich im Genusse der Erträgnisse befindet und die Verfügung über das Gut hat. Während die Servitut nur ein passives Verhalten des Eigenthümers der belasteten Sache gegenüber dem dinglich Berechtigten erfordert (A.L.R. I. 9 § 80, I. 19 § 16, I. 21 § 99, I. 22 §§ 30—32), kann bei der Reallast der Berechtigte sich das nicht durch seine Thätigkeit aneignen, was ihm das Grundstück bieten soll, es muß ihm dies vielmehr gegeben werden, erfordert eben deshalb eine eigene Thätigkeit des Besitzers des belasteten Grundstücks, und bringt diesen damit für die Dauer seiner Besitzzeit in ein persönlich obligatorisches Verhältniß gegenüber dem Berechtigten. Ebendeshalb ist auch der Besitzer eines mit Reallasten behafteten Grundstücks noch nach dessen Veräußerung für die in seine Besitzzeit fallenden Leistungen verhaftet (vgl. Präjudiz Nr. 2479 des zweiten Senats des Ober-Tribunals, Sammlung Bd. 2 S. 34 und 35, Entscheidungen Bd. 26 S. 310 ff., ferner das Erkenntniß desselben Senats vom 6. April 1865, Entscheidungen Bd. 54 S. 96 ff. und das Erkenntniß desselben Senats vom 7. Juni 1868, Striethorst Archiv Bd. 63 S. 206).

Die in der Beschwerde allegirten Entscheidungen des Ober-Tribunals enthalten nichts hiervon Abweichendes. Das Erkenntniß

des zweiten Senats vom 16. Februar 1854 (Striethorst Archiv Bd. 12 S. 342) spricht nur den Rechtsgrundsatz aus, „daß die zu einem Auszuge gehörenden periodischen Leistungen die Natur einer Reallast haben, welche durch bloßen Vertrag begründet wird, und daß die Eintragung derselben in das Hypothekenbuch nur deren relative Dinglichkeit in eine absolute verwandelt", über die persönliche Verbindlichkeit des Eigenthümers des belasteten Grundstücks ist darin nichts gesagt. Und wenn es in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 14. Januar 1856 (Entscheidungen Bd. 31 S. 385 ff.) heißt, daß bei der Hypothekenforderung ein akzessorisch dingliches Recht zur Sicherung eines persönlichen Hauptrechts vorliegt, während bei der Reallast das Hauptrecht selbst seiner Bestimmung nach ein dingliches ist: so ist auch hiermit nichts entschieden über die persönliche Verpflichtung des Eigenthümers für die in die Dauer seines Eigenthums fallenden periodischen Leistungen aus dem Altentheil.

---

## Nr. 152.

### Laudemialpflicht.

**1. Bei der Berechnung des Laudemiums ist der Werth der auf dem Erbzinsgrundstücke stehenden Gebäude von dem Kaufgelde nur dann in Abrechnung zu bringen, wenn die Errichtung derselben nicht derjenigen Bestimmung entspricht, welche dem Grundstücke ursprünglich bei der Verleihung gegeben ist.**

**2. Dieser Grundsatz findet sowohl bei ländlichen als städtischen Erbzins-Grundstücken Anwendung.**

**3. Die Behauptung, daß ein Gebäude dem Zwecke der ursprünglichen Bestimmung nicht entspricht, ist als Einwand von dem Laudemialpflichtigen zu beweisen.**

**A.L.R. I. 18 §§ 714, 721, 683.**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 8. Januar 1880 in Sachen K. wider R. 143/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten gegen das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Marienwerder ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Verklagten haben gegen die prinzipalen Entscheidungsgründe des Appellationserkenntnisses, durch welches die sie nach dem modifizirten Klageantrage zur Zahlung des Laudemiums von dem ganzen

für das Grundstück Pr. Stargardt Nr. 223 gegebenen Kaufgelde von 10500 M. mit 1050 M. nebst 6% Zinsen seit dem 6. März 1878 verurtheilende Entscheidung erster Instanz bestätigt worden, folgende Angriffe erhoben:

1) Der Appellationsrichter stützt seine Entscheidung auf die Annahme, daß bei der Berechnung des Laudemiums der Werth der auf dem Erbzins-Grundstücke stehenden Gebäude von dem Kaufgelde nur dann in Abrechnung zu bringen ist, wenn die Errichtung derselben nicht derjenigen Bestimmung entspricht, welche dem Grundstücke ursprünglich bei der Verleihung zu Erbzinsrechten gegeben ist.

Die Nichtigkeitsbeschwerde beschuldigt ihn, durch diese Annahme A.L.R. I. 18 § 714 und § 721 in Verbindung mit § 49 der Einleitung zum A.L.R. und den dahin formulirten Rechtsgrundsatz:

> „Die auf einem Erbzinsgute vom Erbzinsmann neu errichteten Gebäude sind dem nach Prozenten des Kaufgeldes zu zahlenden Laudemium nicht unterworfen, vielmehr der Werth derselben bei Berechnung des Laudemiums vom Kaufgelde in Abzug zu bringen" —

verletzt zu haben.

Die Rüge ist unbegründet.

Die obige Annahme des Appellationsrichters steht im Einklange mit dem Plenarbeschlusse des Königlichen Ober-Tribunals vom 22. November 1847, Präjudiz Nr. 1942. Die Richtigkeit des in dem Plenarbeschlusse anerkannten Rechtsgrundsatzes ergiebt sich aus den Motiven desselben und sind diese in den Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 15 S. 23 ff. veröffentlicht.

Die Nichtigkeitsbeschwerde bekämpft zwar das Präjudiz, allein mit Unrecht. Die in derselben entwickelte, in dem darin aufgestellten Rechtsgrundsatze zum Ausdruck gebrachte Ansicht beruht auf der Annahme, daß im A.L.R. I. 18 § 721 das bei der Berechnung des Laudemiums auch rücksichtlich der Gebäude geltende Prinzip ausgesprochen sei. Diese Annahme ist bereits in den obengedachten Motiven widerlegt, und genügt es hier um so mehr auf diese Widerlegung Bezug zu nehmen, als in der Nichtigkeitsbeschwerde weder besondere Gegengründe gegen die Ausführungen des Ober-Tribunals noch neue, in diesen noch nicht berücksichtigte, zur Begründung ihrer Ansicht dienende Gesichtspunkte und Momente geltend gemacht sind.

Daraus ergiebt sich gleichzeitig, daß der § 721 a. a. O., da

derselbe demnach nicht der Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist, nach § 49 der Einleitung A.L.R. zu einer analogen Anwendung sich nicht eignet.

Es kann also weder die Richtigkeit des in der Nichtigkeitsbeschwerde aufgestellten Rechtsgrundsatzes noch die Begründetheit des in derselben dem Appellationsrichter gemachten Vorwurfes der Verletzung der oben bezeichneten Gesetzesstellen anerkannt werden.

2) Der Appellationsrichter hat, wie bereits unter Nr. 1 angedeutet ist, den Plenarbeschluß vom 22. November 1847 und die in demselben ausgesprochenen Grundsätze über den Unterschied zwischen emphyteutarischen Meliorationen und meliorationes extraordinariae auf den hier vorliegenden Fall angewendet.

Dadurch soll er sich der Verletzung des in dem Plenarbeschlusse vom 22. November 1847 anerkannten Rechtsgrundsatzes schuldig gemacht haben.

Auch diesem Angriffe ist keine Folge zu geben. Die Nichtigkeitsbeschwerde stützt denselben lediglich auf die Behauptung, daß, da es sich hier um städtische Wohnhäuser handele, schon deshalb von emphyteutarischen Meliorationen nicht die Rede sein könne. Diese Behauptung ist aber unrichtig. Der Plenarbeschluß unterscheidet nicht zwischen städtischen Wohnhäusern und Gebäuden anderer Art, er stellt vielmehr ganz allgemein für Gebäude aller Art den Grundsatz auf, daß die der Bestimmung des Erbzinsgrundstückes entsprechende Errichtung von Gebäuden auf demselben eine emphyteutarische Melioration enthalte.

Der Plenarbeschluß muß daher auch auf städtische Wohnhäuser angewendet werden, und diese sind, wenn das Erbzinsgrundstück, worauf sie errichtet sind, die Bestimmung hat, als Bauplatz für Gebäude dieser Art zu dienen, als emphyteutarische Melioration anzusehen.

Der Vorwurf der unrichtigen Anwendung des Plenarbeschlusses ist daher ungerechtfertigt.

3) Die Nichtigkeitsbeschwerde beschuldigt den Appellationsrichter der Verletzung von A.G.O. Einl. § 16 und I. 13 § 28 und der für die Vertheilung der Beweislast geltenden Rechtsgrundsätze, weil derselbe davon ausgeht, daß es Sache der Verklagten gewesen sei, zur Begründung ihres Einwandes nachzuweisen, daß die Gebäude

dem Zwecke der ursprünglichen Bestimmung nicht entsprächen, und zu welcher Art der Kultur das Erbzinsgut verliehen sei.

Diese Beschuldigung ist ebenfalls verfehlt.

Da nämlich die Erbzinsgerechtigkeit sich nach A.L.R. I. 18 § 683 auf das ganze Grundstück erstreckt, die darauf errichteten Gebäude gemäß I. 2 §§ 42, 43 daselbst Theile desselben geworden sind, und das Laudemium nach § 720 I. 18 ibidem vom Kaufgelde bezahlt werden muß, das Kaufgeld aber den Grund und Boden einschließlich der Gebäude umfaßt, so karakterisirt sich, wie auch die Nichtigkeitsbeschwerde anerkennt, die Behauptung der Verklagten, daß im vorliegenden Falle ausnahmsweise die Gebäude von dem Laudemium befreit seien, als Einrede. Diese haben die Verklagten nach den als verletzt bezeichneten Gesetzesvorschriften und den über die Beweislast geltenden Grundsätzen ebenso zu begründen und zu beweisen, wie der Kläger seine Klage, sie müssen daher Alles, was zur Fundamentirung derselben nothwendig ist, beweisen, gleichviel, ob die behaupteten Thatsachen positiver oder negativer Natur sind. Von dem Laudemium sind nun aber die auf dem Erbzinsgute der Verklagten stehenden Gebäude, selbst wenn sie der Erbzinsmann errichtet hat, nur dann befreit, wenn sie zu einem anderen Zwecke dienen sollen, als dem, welcher aus der ursprünglichen Bestimmung des Grundstücks folgt, und ob dies der Fall ist, kann nur beurtheilt werden, wenn die ursprüngliche Bestimmung des Grundstücks feststeht; es genügt daher zur Begründung des Einwandes der Verklagten nicht, wie die Nichtigkeitsbeschwerde meint, der Nachweis der von Seiten des Erbzinsmannes erfolgten Errichtung der Gebäude, es ist dazu vielmehr der vom Appellationsrichter von den Verklagten erforderte Nachweis nothwendig.

---

## Nr. 153.

### Begriff und Erfordernisse der auf einem Grundstücke haftenden gemeinen Lasten.

A.L.R. I. 11 § 175, Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 § 49, Gesetz über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 § 12, Grundbuch-Ordnung §§ 11, 73.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 23. Februar 1880 in Sachen N. Sch., Klägerin, wider W., Beklagte. 109/79.)

Bei Zurückweisung der von der Klägerin wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Kammergerichts zu Berlin eingelegten Nich-

tigkeitsbeschwerde wird über den Begriff der gemeinen Lasten Folgendes ausgeführt:

In § 47 Titel I. der Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 ist angeordnet, daß die Eintragung beständiger Lasten und Verbindlichkeiten in der zweiten Hauptrubrik des Grundbuchs zu erfolgen habe. Der § 49 daselbst erklärt es zur Erhaltung der Dinglichkeit für nothwendig, daß Lasten, die auf einem speziellen Titel beruhen, eingetragen werden. Der § 48 a. a. O. bestimmt endlich, daß unter „den einzutragenden beständigen Lasten oder Abgaben keineswegs gemeine Lasten und Pflichten zu verstehen seien, welche nach der Verfassung des Ortes, des Kreises oder der Provinz von allen Grundstücken derselben Art an den Landesherrn, die Obrigkeit, die Kirche oder die Geistlichkeit zu entrichten sind, da dergleichen Abgaben von dem im Hypothekenbuche eingetragenen Werthe des Gutes schon abgezogen seien." Diese Lasten, zu denen auch unzweifelhaft die aus dem Kommunalverbande entspringenden gehören, sollen also, um jeden Besitzer des damit beschwerten Grundstücks zur Entrichtung zu verpflichten, der Eintragung nicht bedürfen, und sie sind auch sonst nach § 49 der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 und Artikel X. des Einführungsgesetzes de eod. im Konkurse und für den Fall der Subhastation des Grundstücks privilegirt. Daß diese von der Nothwendigkeit der Eintragung befreiten gemeinen Lasten und Pflichten solche sein müssen, welche in gewissen Zeitabschnitten regelmäßig wiederkehren, ist nicht ausgesprochen, wesentlich ist vielmehr nur, daß sie, wie der Appellationsrichter mit Rücksicht auf das Erkenntniß des früheren preußischen Ober-Tribunals vom 28. September 1854 — Entscheidungen Bd. 28 S. 406 — richtig bemerkt, auf der erwähnten Lokalverfassung beruhen, an die genannten öffentlichen Personen zu entrichten und endlich — im Gegensatze zu den ungewöhnlichen und außerordentlichen — als gemeine Lasten und Abgaben, das heißt allen Grundstücken derselben Art gemeinsame, aufzufassen sind, für welche der Verkäufer nur in Gemäßheit der Vorschrift des A.L.R. I. 11 § 175 Gewähr zu leisten braucht. Hierin ist durch den § 12 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 und die §§ 11 und 73 der Grundbuchordnung von demselben Tage nichts geändert.

---

## Nr. 154.

**1. Der von einem Nichteigenthümer bewilligte Pfandrechtstitel wird, sobald das Eigenthum der Sache auf den Verpfänder übergeht, zu einem gültigen, und es besteht dann das persönliche Recht des Gläubigers, von dem Verpfänder die wirkliche Bestellung des Pfandrechts durch Eintragung (resp. Uebergabe) zu verlangen.**

A.L.R. I. 20 §§ 2, 15, 16, 72, Eigenth.=Ges. vom 5. Mai 1872 § 19.

**2. Die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts (z. B. der Auflassung) wegen Scheines ist unabhängig von den Voraussetzungen des Gesetzes vom 9. Mai 1855. Die Legitimation des anfechtenden Dritten wird lediglich durch sein Interesse zur Sache bedingt.**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 13. Januar 1880 in Sachen D. wider W. 122/79.)

Der Handelsmann B. hat dem Kläger D. eine Hypothek an einem Grundstück zu G. bestellt. Nach der Hypothekbestellung hat er das Eigenthum des verpfändeten Grundstücks erworben, dasselbe jedoch, ohne die Hypothek eintragen zu lassen, dem Beklagten aufgelassen. Der Kläger behauptet, letztere Auflassung sei ein Scheingeschäft und ihm gegenüber ungültig. Er verlangt, daß Beklagter die Eintragung der von B. bewilligten Hypothek gestattet. Der zweite Richter — das frühere preuß. Appell.=Gericht zu Arnsberg — hat die Klage abgewiesen. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers ist das zweite Erkenntniß vernichtet und die Sache zur anderweiten Entscheidung in die zweite Instanz zurückverwiesen aus folgenden

### Gründen:

Der Appellationsrichter hat den Kläger zur Klage nicht für legitimirt erachtet, weil sein Schuldner, Handelsmann B., zur Zeit der Verpfändung des Grundstücks noch nicht als Eigenthümer des letzteren im Grundbuche eingetragen war und Kläger deshalb kein Recht auf Eintragung seiner Forderung erlangt hat.

Implorant rügt hiergegen mit Recht die Verletzung des A.L.R. I. 20 §§ 2, 16 und des Eigenthumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 § 19. Denn der Appellationsrichter ist zu seiner Entscheidung nur durch die Nichtbeachtung des Unterschiedes gelangt, welcher zwischen dem persönlichen Rechte des Gläubigers, die Eintragung der Hypothek zu verlangen, und dem dinglichen Rechte der Hypothek besteht.

Nach A.L.R. I. 20 § 2 kann das Recht, die Bestellung eines

Unterpfandes zu fordern, also der Titel zum Pfandrechte, durch Willensäußerung begründet werden, und nach § 15 ebenda ein jeder in dem Umfange, in welchem er über eine Sache zu verfügen fähig und berechtigt ist, auch damit durch Pfand oder Hypothek gültig Sicherheit bestellen. Zufolge dieser letzteren Vorschrift ist in der Regel nur der Eigenthümer der Sache zur Einräumung eines Unterpfandsrechts befugt (vgl. §§ 72 ff. a. a. O.), und die von einem Nichteigenthümer einseitig vorgenommene Pfandrechtsbewilligung für die Konstituirung des Rechts keine geeignete Grundlage. Es verordnet aber § 16 daselbst:

> Ueberkommt der Verpfänder das Recht, über die Sache ... zu verfügen, erst nach geschehener Verpfändung, so erlangt letztere von selbst dadurch ihre Wirksamkeit.

Wenngleich diese Vorschrift sich unmittelbar auf den Fall bezieht, daß die Pfandbestellung durch Uebergabe der Sache, beziehentlich durch Eintragung der Hypothek im Grundbuche bereits realisirt ist (vgl. §§ 17, 724, 78, 406 a. a. O.), so muß dieselbe auch alsdann Anwendung finden, wenn nur die Einräumung des Pfandrechtstitels erfolgt ist. Sonach wird der von einem Nichteigenthümer bewilligte Pfandrechtstitel, sobald das Eigenthum der Sache in die Hand des Verpfänders übergeht, zu einem gültigen, und es besteht dann das persönliche Recht des Gläubigers, von dem Verpfänder die wirkliche Bestellung des Pfandrechts, also bei dem eigentlichen Pfande die Uebergabe der Sache, bei der Hypothek die Erwirkung der Eintragung zu verlangen. In dieser Hinsicht, soweit es sich um das obligatorische Verhältniß zwischen Gläubiger und Verpfänder handelt, haben die landrechtlichen Vorschriften durch die neuere Gesetzgebung keine Aenderung erlitten. Das Gesetz vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke ist vielmehr nur für die Frage entscheidend, unter welchen Voraussetzungen der Erwerb des dinglichen Rechts der Hypothek stattfindet. Nach § 5 desselben erlangt der Erwerber von Grundeigenthum das Recht der Belastung erst durch seine Eintragung im Grundbuche, und nach § 19 Nr. 1 daselbst erfolgt die Eintragung der Hypothek oder Grundschuld, wenn der eingetragene oder der seine Eintragung gleichzeitig erlangende Eigenthümer sie bewilligt. Zur Verfügung vor dem Grundbuche ist also nur der eingetragene oder seine Eintragung

gleichzeitig erlangende Eigenthümer legitimirt und ausschließlich seine Eintragungsbewilligung ist für die Erlangung des dinglichen Rechts entscheidend. Insoweit ist durch das Gesetz vom 5. Mai 1872 der § 16 A.L.R. I. 20 in seiner Anwendung eingeschränkt, beziehentlich die Beseitigung der entsprechenden Vorschriften der §§ 406, 407 ebenda erfolgt,

> (vgl. Erkenntnisse des preußischen Ober-Tribunals, Striethorst Archiv Bd. 93 S. 147; Bd. 94 S. 333; Entscheidungen Bd. 76 S. 125; Bd. 79 S. 13; Gruchot Beiträge Bd. 23 S. 455),

und deshalb mag es sein, daß auf Grund der Bewilligung einer noch nicht im Grundbuche als Eigenthümer eingetragenen Person auch nach geschehener Eigenthumseintragung die Eintragung der Hypothek nicht vorgenommen werden darf. Dadurch wird aber der persönliche Anspruch des Gläubigers auf Hypothekbestellung gegen seinen hinterher als Eigenthümer eingetragenen Schuldner nicht berührt. Der Gläubiger ist berechtigt, diesen Anspruch im Wege des Prozesses zu verfolgen, und die rechtskräftige Verurtheilung des eingetragenen Eigenthümers zur Bestellung der Hypothek vertritt die Eintragungsbewilligung, so daß zufolge des auf Grund des verurtheilenden Erkenntnisses gestellten Antrages des Gläubigers die Eintragung der Hypothek erfolgt (§ 19 Nr. 2 des Gesetzes vom 5. Mai 1872).

Der Appellationsrichter hat nach der von ihm in Bezug genommenen Sachdarstellung des ersten Richters für feststehend erachtet, daß der Handelsmann B. laut Urkunde vom 22. August 1877 sich als Schuldner des Klägers in Höhe von M. 2216,20 nebst Zinsen bekannt und für diese Schuld mit dem Grundstücke Flur IX. Nr. 81 der Steuergemeinde G. Pfand bestellt hat, sowie daß B. demnächst als Eigenthümer dieses Grundstücks eingetragen ist. Wenn der Appellationsrichter nach dieser Feststellung angenommen hat, daß der Kläger lediglich aus dem Grunde ein Recht, die Eintragung seiner Forderung zu verlangen, nicht erworben hat, weil B. zur Zeit der Verpfändung noch nicht als Eigenthümer des Grundstücks eingetragen war, so hat er den von ihm allegirten § 19 des Eigenthumserwerbsgesetzes durch unrichtige Anwendung und die §§ 2 und 16 A.L.R. I. 20 durch Nichtanwendung verletzt.

Es war sonach das angegriffene Erkenntniß zu vernichten. In der Sache selbst konnte jedoch noch nicht definitiv erkannt werden.

Wie der Kläger behauptet, hat die Auflassung des fraglichen Grundstückes seitens des B. an den Beklagten nur zum Schein stattgefunden, so daß der Beklagte in Wirklichkeit nicht Eigenthümer des Grundstücks geworden ist. Nach § 2 des Eigenthumserwerbsgesetzes besteht die Auflassung eines Grundstücks in den gleichzeitig abgegebenen Erklärungen des eingetragenen Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige, und des letzteren, daß er diese Eintragung beantrage. Die Auflassung ist also eine wechselseitige Willenserklärung, die als solche, wenn sie eine rechtliche Wirkung hervorbringen soll, ernstlich gemeint sein muß (§§ 4, 52 ff. I. 4 des Allgemeinen Landrechts). Dieselbe bildet im Falle einer freiwilligen Veräußerung die Grundlage der Eintragung des Eigenthumsüberganges (§ 1 des Eigenthumserwerbsgesetzes), und deshalb hat sie, wenn sie von den Interessenten nicht ernstlich gemeint war, eine Eigenthumsübertragung auf den neuen Erwerber trotz der Eintragung desselben im Grundbuche nicht zur Folge. — Nach § 9 des Eigenthumserwerbsgesetzes können die Eintragung des Eigenthumsüberganges und deren Folgen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts angefochten werden, und nach § 10 ebenda ist die Anfechtung auch auf Grund des Rechtsgeschäfts, in dessen Veranlassung die Auflassung erfolgt ist, statthaft. — Die Anfechtung einer Rechtshandlung wegen Scheins ist unabhängig von den Voraussetzungen des Gesetzes vom 9. Mai 1855 betreffend die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Gläubiger. Die Legitimation des anfechtenden Dritten wird lediglich durch sein Interesse zur Sache bedingt. Daß im gegenwärtigen Falle, die Richtigkeit des Klagevortrages vorausgesetzt, der Kläger ein Interesse an der Anfechtung hat, liegt klar auf der Hand. Denn nur durch den Nachweis, daß B. nach wie vor Eigenthümer des fraglichen Grundstückes ist, vermag er die Eintragung seiner Forderung dem Willen des Beklagten als zeitigen Bucheigenthümers entgegen zu erzwingen.

(Die weiteren Erwägungen sind thatsächlicher Natur.)

---

## Nr. 155.

**Unter welchen Bedingungen kann die Frau Verwaltung und Nießbrauch des Eingebrachten vom Manne zurückfordern? Begriff des standesmäßigen Unterhalts.**

A.L.R. II. 1 §§ 256—258.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 12. Januar 1880 in Sachen H. wider H. 182/79.)

Der Beklagte, ein Gläubiger des Ehemannes der Klägerin, hat die Zinsen eines dem maritalischen Nießbrauch unterworfenen Kapitals der Klägerin mit Arrest belegen lassen. Klägerin verlangt Aufhebung desselben und glaubt, der Beklagte habe zu beweisen, daß die arrestirten Zinsen zu ihrem standesmäßigen Unterhalte nicht nothwendig sind. Der erste Richter hat dem Antrage stattgegeben, der zweite, das frühere preuß. Appell.-Gericht zu Breslau, die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin ist verworfen aus folgenden

Gründen:

Nach den im vorliegenden Fall zur Anwendung kommenden §§ 256 bis 258 A.L.R. II. 1 sind die Gläubiger des Ehemannes befugt, sich an den Nießbrauch des von der Ehefrau Eingebrachten zu halten. Die Ehefrau kann, so lange der Ehemann ihr und den Kindern den standesgemäßen nothwendigen Unterhalt gewährt, ihm jenen Nießbrauch nicht entziehen und ist hierzu erst dann berechtigt, wenn der Ehemann ihr und den Kindern den Unterhalt zu gewähren nicht mehr vermögend ist. Das Zurückforderungsrecht der Ehefrau ist also durch Unvermögen des Ehemannes zur Unterhaltsgewährung bedingt, und da das Nießbrauchsrecht des Ehemannes die Regel bildet, so hat auch die Ehefrau, welche die Ausnahme behauptet, das Unvermögen des Ehemannes nachzuweisen. Der Appellationsrichter hat diesen rechtlichen Standpunkt eingenommen und von demselben aus den Anspruch der Klägerin mit Recht für unbegründet erachtet. Bezüglich des standesgemäßen Unterhaltes kann es nur auf dasjenige ankommen, was nach dem während der Ehe bisher obwaltenden, gemeinsamen Stande der klägerischen Eheleute zum nothwendigen Unterhalte zu rechnen ist, und es ist unerheblich, ob dieselben früher einem andern Stande zuzuzählen waren, oder ob nach der jetzt vorgebrachten, übrigens nicht mehr zu berücksichtigenden Behauptung der Klägerin deren Ehemann in Folge einer bestandenen Prüfung in Zukunft in eine höhere Stellung aufsteigen kann. Wenn

der mit den Ortsverhältnissen vertraute Appellationsrichter den Dienstgehalt des Ehemannes von 1050 Mk. und 60 Mk. Wohnungsentschädigung für ausreichend hält, der Klägerin und ihren zwei Kindern den nach Verhältniß ihres Standes nothwendigen Unterhalt zu gewähren, so sind hiergegen Bedenken aus allgemeinen Erwägungen oder den vorgebrachten Umständen des Falles nicht zu entnehmen, und muß hiernach der Anspruch der Klägerin auf Uebernahme ihres eingebrachten Vermögens für unbegründet erachtet werden.

---

## Nr. 156.

**1. Bei Beurtheilung der Frage, ob ein Ehemann vermögend ist, seiner Frau den erforderlichen Unterhalt zu gewähren, sind die Revenuen des Eingebrachten der Frau mit in Rechnung zu ziehen.**

A.L.R. II. 1 §§ 185, 205, 231, 256, I. 21 § 22, I. 9 §§ 220, 221.

**2. Ist hiernach der Ehemann im Stande, seiner Frau den erforderlichen Unterhalt zu gewähren, so enthält sein Verzicht auf den Nießbrauch eine freigebige Verfügung, welche der Anfechtung durch die Gläubiger des Mannes unterliegt.**

Gesetz vom 9. Mai 1855 § 5 Nr. 2, § 7 Nr. 3.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 2. Januar 1880 in Sachen M. wider M. 158/79.)

Die Revision des Beklagten wider das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Naumburg ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Der Appellationsrichter ist bei seiner verurtheilenden Entscheidung von der Voraussetzung ausgegangen, daß, um festzustellen, ob der beklagte Ehemann zur Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit, der Ehefrau den erforderlichen Unterhalt zu gewähren, vermögend ist, die Revenüen des eingebrachten Vermögens der Frau mit in Rechnung zu ziehen sind. Dieser Annahme muß beigetreten werden.

Der Mann ist verpflichtet, der Frau standesmäßigen Unterhalt zu gewähren (A.L.R. II. 1 § 185). Dagegen steht ihm an dem Vermögen der Frau, soweit nicht durch Gesetze oder Verträge Ausnahmen gemacht sind, die Verwaltung und der Nießbrauch zu. (§§ 205, 231 a. a. O.) Sowohl die Pflicht zur Unterhaltung der Frau als das Recht auf die Verwaltung und den Nießbrauch des

Eingebrachten sind in der Stellung begründet, welche das Gesetz dem Manne, als dem Haupt der ehelichen Gesellschaft, einräumt. Das Recht korrespondirt aber auch mit der Pflicht insofern, als dem Manne die Verwaltung und der Nießbrauch verliehen sind, weil ihm die Unterhaltungspflicht obliegt, und deshalb darf die Frau, so lange der Mann ihr und beziehentlich den mit ihr erzeugten Kindern den nach Verhältniß ihres Standes nothwendigen Unterhalt gewährt, ihm die Verwaltung und den Nießbrauch des Eingebrachten nicht entziehen. (§ 256 a. a. O.) Als Nießbraucher erlangt der Mann das Eigenthum an den Nutzungen des Eingebrachten (A.L.R. I. 21 §§ 22 ff., I. 9 §§ 220, 221). Die letzteren bilden somit einen Theil seines Vermögens. Aus diesen bereiten Mitteln hat der Mann die Kosten des Unterhalts der Frau und der Kinder zu bestreiten, und so lange dieses Vermögen, einschließlich der Revenüen des Eingebrachten, zur Gewährung des Unterhalts ausreichend ist, oder der Mann den Unterhalt thatsächlich gewährt, besteht ein Recht der Frau auf Rückforderung des Eingebrachten nicht. Nach § 257 a. a. O. sind nun aber die — auch einseitigen — Gläubiger des Mannes befugt, sich an den maritalischen Nießbrauch zu halten, und in Folge der Ausübung dieser Befugniß kann der Fall eintreten, daß der Mann außer Stande gesetzt wird, seiner Unterhaltungspflicht zu genügen, weil ihm auch die Einkünfte des Eingebrachten verkümmert werden. Für einen solchen Fall räumt der § 258 a. a. O. der Frau das Recht ein, ihr Eingebrachtes zurückzufordern und zu dem Zwecke allenfalls auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes anzutragen. Der Zusammenhang, in welchem die §§ 256 bis 258 mit einander stehen, und die Worte: „Wenn aber," mit welchen sich der § 258 an den § 257 anschließt, lassen eine andere Deutung des § 258 nicht zu und schließen die Annahme aus, daß das Revokationsrecht der Frau von dem Betrage der Einkünfte des Eingebrachten unabhängig ist. Die letztere Annahme würde auch zu Konsequenzen führen, welche das Gesetz nicht beabsichtigt hat. Denn alsdann müßte die Ehefrau für befugt erachtet werden, von dem — abgesehen von dem Nießbrauche des Eingebrachten — vermögenslosen Ehemann jederzeit und ohne daß er durch seine Gläubiger gedrängt würde oder überhaupt verschuldet wäre, die Aufgabe des Nießbrauchrechts zu verlangen. Ferner würde eine soweit gehende Befugniß zu einer nicht gerechtfertigten Beeinträchtigung der Gläu=

biger des Mannes führen, die diesem vielleicht nur mit Rücksicht auf die ihm zustehenden, die Kosten des Haushalts übersteigenden Einkünfte aus dem Eingebrachten Kredit bewilligt haben.

Diese Auffassung, welche von dem preußischen Ober-Tribunal in dem Erkenntnisse vom 9. März 1860 (Striethorst Archiv Bd. 36 S. 304) im Gegensatze zu dem Präjudiz Nr. 2089 vom 4. Januar 1849 (Entscheid. Bd. 17 S. 293) gleichfalls getheilt wird, findet auch in der Entstehungsgeschichte der fraglichen Gesetzesstellen ihre Rechtfertigung. Die in den §§ 255 ff. a. a. O. aufgestellte Unterscheidung zwischen den Fällen, in welchen die Frau von dem Manne Sicherheitsbestellung wegen ihres Eingebrachten oder die Rückgabe des letzteren verlangen kann, je nachdem nur die wahrscheinliche Besorgniß eines bevorstehenden Verlustes der Illaten obwaltet, oder der Mann derartig in Vermögensverfall gerathen, daß er seiner Unterhaltungspflicht zu genügen außer Stande ist, war bereits in dem Entwurfe zum Allgemeinen Landrechte enthalten. Der dem § 255 entsprechende § 174 lautete:

„Wenn der Mann in Vermögensverfall geräth, kann die Frau besondere Sicherstellung des Eingebrachten fordern."

Hiergegen monirte von Grollmann:

„daß nach der l. 29 C. de jure dot. V. 12 die Frau in diesem Falle nicht bloß das Recht habe, Kaution zu fordern, sondern die ganze dos zurückfordern könne, und daß es sich empfehle, dies beizubehalten,"

und Suarez bemerkte dazu:

„Mehrere Rücksicht verdient der Antrag einiger Monenten, daß nämlich in einem solchen Fall (bei eintretendem Vermögensverfall des Mannes), wenn creditores den usumfructum illatorum in Beschlag nehmen, und also die Frau Gefahr läuft, ihren und ihrer Kinder standesmäßigen Unterhalt zu verlieren, sie berechtigt sei, ihre Illata zurückzufordern, solche selbst zu administriren und die fructus davon zweckmäßig zu verwenden. Herr von Grollmann erweist solches aus der Theorie des römischen Rechts, und daß bei entstehendem Konkurse solches bei uns wirklich geschehe, ist bekannt. Nun scheint aber kein hinlänglicher Grund vorhanden zu sein, warum nicht die Frau ein gleiches Recht haben sollte, wenn auch nicht just concursus formalis vorhanden ist, sondern die creditores und sonst die

Revenüen der Illatorum verkümmern, oder wenn der Mann sonst dergestalt ad inopiam vergirt, daß eine wahrscheinliche Besorgniß des Verlustes der Illatorum für die Frau entsteht."

Suarez wollte also der Frau in allen Fällen, wenn der Mann so in Vermögensverfall geräth, daß eine wahrscheinliche Besorgniß des Verlustes des Eingebrachten begründet ist, das Recht geben, letzteres zurückzufordern. Die Gesetzes-Kommission hat jedoch diesen Vorschlag nicht gebilligt, vielmehr beschlossen:

„daß die Rückforderung nicht stattfinde, so lange der Mann der Frau den nach ihrem Stande nothwendigen Unterhalt gewährt."

(Gesetz-Revision Pensum XV., Motive zum Entwurfe des Titels 1 Thl. II. A.L.R. S. 172 bis 175; Ergänzungen und Erläuterungen des A.L.R. II. Ausg. Bd. 3 S. 78; Bornemann, Systematische Darstellung des preuß. C.R. II. Ausg. Bd. 5 S. 96, 97.) Freilich ist hiernach, worauf auch der Gesetzrevisor hinweist (a. a. O. S. 173), unerörtert geblieben, was geschehen solle, wenn der Mann die Sicherheitsbestellung nicht leisten kann. Allein dieser Umstand erscheint für die in Frage stehende Auslegung des Gesetzes unerheblich. Die vorstehend mitgetheilten Verhandlungen ergeben, daß bei der Redaktion des Landrechts der Fall, daß die Gläubiger des Mannes die Einkünfte des Eingebrachten bereits in Anspruch genommen haben, ausdrücklich im Auge gehalten ist. Wenn dessen ungeachtet festgesetzt worden ist, daß die Frau zur Rückforderung des Eingebrachten nicht befugt sein soll, so lange der Mann ihr und den Kindern den standesmäßigen Unterhalt gewährt, so kann ein Zweifel darüber nicht obwalten, daß die Absicht des Gesetzes dahin geht, daß bei Feststellung der Frage, ob der Mann zur Erfüllung seiner Unterhaltungspflicht vermögend ist, die Revenüen des Eingebrachten mit in Rechnung zu ziehen sind. — Auch die Konkursordnung vom 8. Mai 1855 nimmt dies als bestehenden Rechtszustand an. Denn der § 93 derselben verordnet:

Das dem Nießbrauche des Gemeinschuldners unterworfene Vermögen seiner Ehefrau wird, so lange das Nießbrauchsrecht des Gemeinschuldners während des Konkurses dauert, für Rechnung der Konkursmasse verwaltet; die Nutzungen fließen zur Konkursmasse, soweit sie nicht zum standesmäßigen Unterhalt der Frau und der Kinder, sowie zur Erziehung der letzteren verwendet werden müssen.

Erst wenn die Frau ihr Eingebrachtes aus dem Konkurse zurückerhält, hört das Nießbrauchsrecht des Mannes auf (A.L.R. II. 1 § 261).

Der Appellationsrichter hat hiernach mit Recht die Frage zur Erörterung gezogen, ob zur Zeit des Abschlusses des angefochtenen Entsagungsvertrages vom 20. Dezember 1876 die Revenüen der Grundstücke der beklagten Ehefrau, welche damals von den persönlichen Gläubigern des Ehemannes zum Zwecke ihrer Befriedigung noch nicht in Anspruch genommen waren, zur Bestreitung des Unterhalts der Frau ausgereicht und sogar einen Ueberschuß abgeworfen haben. War dies der Fall und hat die beklagte Ehefrau aus den Einkünften des Grundstücks thatsächlich ihren Unterhalt gewährt erhalten, so war sie nicht berechtigt, ihrem Ehemann den Nießbrauch des Eingebrachten zu entziehen, und demzufolge stellt sich die Erklärung des Mannes, daß er dem Nießbrauche entsage, als eine freigebige Verfügung dar (A.L.R. I. 16 § 293). Als solche unterliegt dieselbe aber seitens des Klägers als eines Gläubigers des beklagten Ehemannes der Anfechtung auf Grund des § 5 Nr. 2 und § 7 Nr. 3 des Gesetzes vom 9. Mai 1855 (Gesetzsammlung 1855 S. 429), indem die sonstigen Voraussetzungen dieses Gesetzes vorhanden sind. (Daß dies der Fall sei, wird dann näher ausgeführt.)

---

## Nr. 157.

### Ehescheidung wegen grober Verbrechen. Verzeihung.

A.L.R. II. 1 §§ 704, 720.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 15. Dezember 1879 in Sachen P. wider P. 101/79.)

Die Revision des Beklagten gegen das Erkenntniß des frühern preuß. Appell.-Gerichts zu Magdeburg ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Nach A.L.R. II. 1 § 704 berechtigen grobe Verbrechen, wegen welcher ein Ehegatte harte und schmähliche Zuchthausstrafe erlitten hat, den unschuldigen Theil, die Scheidung zu suchen.

Es ist nach konstanter mit den Ansichten des Reichsgerichts übereinstimmender Rechtsprechung des Ober-Tribunals nicht erforderlich, daß die durch Urtheil und Recht erkannte Strafe von dem verurtheilten Ehegatten vollständig verbüßt worden, es genügt schon der wirkliche Antritt jener Strafe, um den daran unschuldigen Theil

zur Ehescheidungsklage zu berechtigen. Dagegen genügt andererseits nach den Worten des Gesetzes noch nicht dazu die bloße Verurtheilung des Ehegatten, selbst nicht die rechtskräftige. Daraus aber ergiebt sich mit Nothwendigkeit, daß von einer Verzeihung seitens des unschuldigen Theils im Sinne des § 720 vor Antritt der erkannten Strafe nicht die Rede sein kann. Denn Verzeihung einer Beleidigung setzt die Existenz einer Beleidigung voraus. Die Beleidigung liegt aber in dem Falle des § 704 nicht sowohl in der Verurtheilung, als vielmehr in dem Erleiden der schmählichen Zuchthausstrafe. Daß aber unter Beleidigungen im Sinne des § 720 nicht bloß Ehrenkränkungen, Drohungen, Thätlichkeiten, sondern alle Verletzungen der ehelichen Pflichten, soweit sie überhaupt einen Ehescheidungsgrund abgeben, zu verstehen sind, bedarf keiner Ausführung. Die Stellung des § 720 unter den Bestimmungen über die Ausschließung der Ehescheidungsklage läßt darüber keinen Zweifel.

(Die weiteren Erwägungen sind thatsächlichen Inhaltes.)

---

## Nr. 158.

**Der Vater, welcher eine seiner Tochter gegebene Ausstattung (im Gegensatz zur Mitgift) auf deren eigenes Vermögen anrechnen will, muß diese Absicht bei der Zuwendung erklären. Geschieht das nicht, so tritt die Vermuthung der Schenkung ein.**

A.L.R. II. 2 §§ 231—248, 287—293, I. 11 §§ 1041, 1042, 1045 ff.

Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 20 S. 284, Bd. 24 S. 133; Striethorst Arch. Bd. 6 S. 297, Bd. 97 S. 177; Reskript vom 24. Dezbr. 1798, Rabe Bd. 5 S. 261. Für gemeines Recht l. 7 Cod. de dot. prom. 5. 11 und l. 5 § 12 D. de jure dot. 23. 3.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 6. Dezember 1879 in Sachen Sch. wider M. 61/79.)

Die Klägerin klagt ein auf dem Grundstücke des Beklagten, ihres Vaters, für sie eingetragenes Muttererbe ein. Der Beklagte will diese Forderung auf eine vor längeren Jahren der K. gegebene Ausstattung abrechnen. Er behauptet, daß er bereits bei der Hingabe seiner Tochter die Absicht erklärt habe, ihre Ausstattung aus ihrem Vermögen zu entnehmen, daß er aber auch befugt sei, diese Erklärung noch jetzt abzugeben. Der zweite Richter, das vormalige preußische Appellationsgericht zu Posen, hält in Uebereinstimmung mit dem früheren preußischen Ober-Tribunal den Beklagten für be-

fugt, die Erklärung nachträglich abzugeben, und hat deshalb die Klage abgewiesen. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin ist das zweite Urtheil vernichtet und die Sache zur Beweisaufnahme über die bei der Ausstattung abgegebene Willensäußerung des Beklagten in die II. Instanz zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Imploranten ist begründet.

Nach A.L.R. I. 11 wird bei vorbehaltslosen Zuwendungen die Absicht der Schenkung in denjenigen Fällen vermuthet,

> wo eine besondere persönliche, obschon nicht gesetzlich verbindende Pflicht zur Wohlthätigkeit vorhanden ist.

Was also, sagt § 1042 ib., Verwandte in auf- und absteigender Linie — einander ohne Vorbehalt geben, wird für geschenkt angesehen, so lange nicht ein Anderes aus den Umständen erhellt oder durch besondere Gesetze bestimmt ist.

In Konsequenz dieser gesetzlichen Bestimmungen ist zu folgern, daß eine Ausstattung, welche der Vater seiner Tochter giebt, als Schenkung zu betrachten ist, sofern kein Vorbehalt bei der Hingabe gemacht wird. Gesetzliche Bestimmungen, welche zu einem andern Resultate führen, giebt es nicht. Im Gegentheil stellen sowohl § 1047 a. a. O. als A.L.R. II. 2 § 233 es als eine persönliche Pflicht des Vaters hin, den Töchtern, soweit es zur Hochzeit und zur ersten Einrichtung des Hauswesens erforderlich ist, eine Ausstattung zu geben. Haben die Kinder eigenes Vermögen, so können zwar nach A.L.R. II. 2 § 234 die Kosten zur Ausstattung aus der Substanz desselben genommen werden. Dem Vater ist jedoch damit nur eine Befugniß eingeräumt, von welcher er nach seinem Entschlusse Gebrauch machen darf. Wie er durch einen Vorbehalt bei jeder Zuwendung die Absicht zu schenken ausschließen kann, so gestattet ihm hier das Gesetz, zur Erfüllung der im § 233 ib. bestimmten Verpflichtung das Vermögen des Kindes nach seinem Willen zu verwenden. Diese Auffassung des Sinnes des § 234 cit. folgt sowohl aus dem Ausdruck: „können", als aus den Worten: „genommen werden". Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, daß die Ausstattung auch ohne besondern Willensakt als aus dem Kindergute genommen gelten sollte, so würde er statt „können" den Ausdruck „müssen" gebraucht haben. Der Willensakt des Vaters, von der Befugniß des § 234 a. a. O. Gebrauch zu machen, muß aber ferner bei der

Hingabe zum Ausdruck gelangen. Die bloße unausgesprochene Absicht genügt nicht. Der Berücksichtigung einer späteren Willenserklärung steht entgegen, daß durch die vorbehaltlose Hingabe die gesetzliche Vermuthung des § 1042 a. a. O. eingetreten ist, und daß der also begründete Rechtszustand nicht nachträglich durch das Belieben des Vaters geändert werden kann. Für diese Auslegung des Gesetzes läßt sich weiter der Gegensatz des § 234 a. a. O. zum § 245 das. anführen. Wenn der Vater der Tochter die ihr nach § 233 a. a. O. gebührende Ausstattung giebt, so **kann** er deren Vermögen hierzu verwenden. Wenn er jedoch über die gesetzliche Pflicht hinaus ihr Zuwendungen macht (§ 243 das.), so tritt die Vermuthung ein, daß dieselben aus dem eigenen Vermögen des Kindes genommen sind. Daß der Gesetzgeber im § 245 a. a. O. die Vermuthung nur für den Fall, daß der Vater mehr leistet, als das Gesetz ihn verpflichtet, vorgeschrieben hat, spricht dafür, daß im Falle der §§ 233, 234 das. nicht derselbe Rechtszustand, wie nach §§ 243 und 245 sanktionirt werden sollte. Es stehen endlich auch die §§ 288 ff. A.L.R. II. 2 zu der hier ausgesprochenen Ansicht nicht in Widerspruch. Sie enthalten Bestimmungen über die Kollation. Eine vom Vater gegebene Ausstattung wird der Regel nach nicht angerechnet (§ 288), wohl aber der Brautschatz oder die Mitgabe (§ 292). Daß dem Vater nach § 289 auch für den Fall der eigentlichen Ausstattung die Befugniß beigelegt ist, nachträglich die Anrechnung zu bestimmen, findet darin seine Erklärung, daß die Kollation gerade dazu bestimmt ist, die Ungleichmäßigkeit der mit warmer Hand gemachten Zuwendungen bei der späteren Erbtheilung wieder zu beseitigen.

Die Ansicht des Appellationsrichters, daß der Implorat, auch wenn nur eine Ausstattung und keine Mitgift gegeben ist, deren Anrechnung auf das Vermögen seiner Tochter nachträglich bestimmen könne, enthält hiernach einen Verstoß gegen § 234 a. a. O. Die ergangene Entscheidung unterliegt deshalb der Vernichtung. Bei der nunmehr eintretenden freien Beurtheilung der Sache ist davon auszugehen, daß im Falle des § 233 a. a. O. die Erklärung des Vaters, von der Befugniß des § 234 Gebrauch zu machen, bei der Gewährung der Ausstattung abgegeben werden muß, während im Falle des § 243 die Vermuthung des § 245 eintritt. Es ist ferner anzunehmen, daß die Zuwendung des Verklagten an die Kläger nur den rechtlichen Karakter der eigentlichen Ausstattung hat. Wenn

Beklagter geltend machen wollte, daß er über die eigentliche Ausstattung hinaus mehr als ihm gesetzlich oblag, der Klägerin zugewendet habe, so hätte er dies einwandsweise thun müssen. Das ist nicht geschehen. Ein thatsächlich begründeter Einwand, daß die Zuwendung des Beklagten bei den obwaltenden Vermögensverhältnissen desselben die im § 233 bestimmte Grenze überschreite, liegt nicht vor. Insbesondere enthält die Behauptung des Beklagten in der Appellationsrechtfertigung, daß Kinder auf baare Zuwendungen niemals Anspruch haben, und daß für solche stets die Vermuthung des § 245 Th. II. Tit. 2 des Landrechts eintrete, nur eine — überdies unrichtige — Rechtsausführung.

Dagegen ist die Anführung des Beklagten erheblich, daß er seiner Tochter bei der Verlobung gesagt habe, sie erhalte einschließlich ihres Muttererbes 270 Thaler baar und 4 Kühe. Ist dies richtig, so hat der Beklagte von der ihm nach § 234 a. a. O. zustehenden Befugniß Gebrauch gemacht. Die Sache muß deshalb, um den hierüber angetretenen Beweis zu erheben, in die zweite Instanz zurückverwiesen werden.

---

## Nr. 159.

**Der Pflichttheilserbe, welcher nicht auf eine bestimmte Summe oder Sache eingesetzt ist, kann behufs Erlangung des Pflichttheils die Theilung des Nachlasses und die Subhastation der zu demselben gehörigen Grundstücke beantragen.**

A.L.R. I. 17 §§ 89 ff., 117, Anh. § 164 zu II. 18 § 574, I. 2 § 116, II. 2 §§ 433—436.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 1. Dezember 1879 in Sachen W. wider W. 37/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Magdeburg ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Nachdem der Appellationsrichter ausgeführt hat, daß die Klägerin nicht bloß auf den Pflichttheil eingesetzt, sondern mit der Beklagten und ihren Geschwistern ausdrücklich zur Miterbin des Nachlasses berufen sei, daß deshalb die Bestimmung in dem Anh. § 164 zu A.L.R. II. 18 § 574 auf sie keine Anwendung finde, bemerkt er weiter:

Ihre — der Klägerin — Eigenschaft als Pflichttheilsberechtigte rechtfertigt aber ihren Antrag. Der Pflichttheilserbe ist unter allen Umständen, was auch ein Testament bestimmt, wahrer Erbe, die Testamentserben sind ihm gegenüber nur heredis loco. Er ist daher befugt, Naturaltheilung des Nachlasses und somit Subhastation des Nachlaßgrundstücks zu verlangen. Der Pflichttheilsberechtigte wird als Miterbe Miteigenthümer des gesammten Nachlasses, kann daher als solcher auch theilungshalber die Subhastation des gemeinschaftlichen Grundstücks fordern.

Der Appellationsrichter gründet hierauf seine das erste Erkenntniß bestätigende Entscheidung.

Jener Ausführung liegt offenbar die Annahme zu Grunde, wenngleich eine dahingehende Feststellung so wenig in dem Erkenntnisse erster Instanz als in dem angefochtenen Appellationsurtel getroffen ist, daß die Klägerin durch die Disposition in dem väterlichen Testamente im Pflichttheile in der That verletzt ist und daß sie die Subhastation des zum Nachlasse gehörigen Grundstücks nicht bloß zu der Ermittelung verlangt, ob wirklich eine Verletzung im Pflichttheile vorliegt, sondern daß sie gerade auch Gewährung ihres Pflichttheils und als Miteigenthümerin Theilung beansprucht.

Es kann auch kaum ein Zweifel obwalten, daß diese Voraussetzung eine begründete ist. (Dies wird thatsächlich näher dargelegt.)

Bei obiger, der Entscheidung des Appellationsrichters zum Grunde liegenden Annahme, daß die Verletzung im Pflichttheile vorliegt, und daß Klägerin nicht sowohl Ermittelung des Betrages des Pflichttheils, als vielmehr dessen Ausantwortung beansprucht, erscheinen aber die in der Nichtigkeitsbeschwerde erhobenen Angriffe der Verletzung des A.L.R. I. 2 § 116, II. 2 §§ 433, 434, 436 und des Rechtssatzes:

daß sich der Pflichttheilsberechtigte zur Ausmittelung seines Pflichttheils mit der Aufnahme einer Taxe der Nachlaßgrundstücke begnügen muß, nicht aber Subhastation derselben verlangen darf,

nicht begründet.

Implorantin geht nämlich bei Begründung dieser Angriffe von der nach Vorstehendem unrichtigen Voraussetzung aus, und darauf beziehen sich auch nur die von ihr in Bezug genommenen Erkennt-

nisse des Ober-Tribunals, Striethorst Archiv Bd. 83 S. 297; Bd. 99 S. 1, daß es sich allein um die Ermittelung des Pflichttheils handelt, nicht aber um Maßregeln des Pflichttheilsberechtigten, welche nur unter der Voraussetzung zulässig sind, daß eine Pflichttheilsverletzung bereits vorliegt.

Da nun aber eine solche Verletzung vorliegt, so ist auch die Klägerin, als gesetzlich nicht auf eine Summe oder Sache eingesetzte Pflichtheilsberechtigte, ebenso wie als gesetzliche Erbin Miteigenthümerin des Nachlasses und als solche auch befugt, Theilung des Nachlasses und behufs Ausantwortung ihrer Quote Subhastation zu verlangen. A.L.R. I. 17 §§ 117, 89 ff.

Das erkennt die Implorantin auch selbst an und darüber kann ein Bedenken nicht obwalten.

In dem Reskripte Rabe, Sammlung preußischer Gesetze Bd. 2 S. 706, aus welchem der Anhangsparagraph 164 zu II. 18 § 574 entnommen ist, werden zwei Fälle unterschieden, wenn in dem väterlichen Testamente der Pflichttheil auf eine bestimmte Summe festgesetzt, und wenn ohne solche Beschränkung das Kind allgemein auf den Pflichttheil eingesetzt ist. Es wird mit Beziehung auf diesen Unterschied dann ausgeführt, daß in dem ersteren Falle das Eigenthum des ganzen Nachlasses und damit auch der dazu gehörigen Grundstücke auf den eingesetzten Universalerben allein übergeht, dieser bloß schuldig ist, dem Kinde das als Pflichtheil ausgesetzte Quantum herauszugeben, und daß bloß zur Entscheidung der Frage, ob eine Verletzung vorliege, nur nöthig sei, den Werth des Grundstücks auszumitteln. Kein Gesetz schreibe vor, daß zu diesem Behufe die Subhastation erforderlich sei.

Anlangend dagegen den andern Fall, wenn das Kind auf den Pflichttheil eingesetzt sei, gehe unstreitig das Miteigenthum auch der zum Nachlaß gehörenden Grundstücke als pars quota hereditatis zu einem Drittel oder resp. Hälfte auf das Kind über. Wenn demnächst der Miterbe nicht mehr in Gemeinschaft bleiben wolle, so sei dieses ein Antrag auf Theilung und dann sei die Veräußerung im Wege der Subhastation erforderlich.

Daß diese Entscheidung als Anhangsparagraph 164 in das Allgemeine Landrecht in dem Titel 18 Theil II. eingefügt ist, beruht allein darauf, daß die ihr zum Grunde liegende Anfrage in einer Vormundschaftssache ergangen war. Es folgt daraus aber noch in

keiner Weise, daß sie nur auf Streitigkeiten über den Pflichttheil Minderjähriger zu beschränken sei, im Gegentheil die Ueberschrift lautet generell:

Reskript, betreffend den Antrag eines im Pflichttheil eingesetzten Erben auf Subhastation ꝛc.

und der Inhalt beruht auf Anwendung allgemeiner im Allgemeinen Landrecht enthaltener Grundsätze. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb nach jener Richtung zwischen den Rechten minorenner und majorenner Pflichttheilsberechtigter unterschieden werden sollte. Ebenso muß es auch gleichgültig sein, ob das Kind auf den Pflichttheil oder ob es auf den gesetzlichen Erbtheil eingesetzt ist und in letzterem Falle statt des gesetzlichen mit einer Beschränkung beschwerten Erbtheils den Pflichttheil wählt. Es ist, worauf obige Entscheidung beruht, in dem einen wie in dem anderen Falle nicht auf eine Summe oder einzelne Sache eingesetzt, sondern innerhalb einer pars quota hereditatis, also Miteigenthümer. Es kann demgemäß Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthums und, wenn es dieses thut, Subhastation des in die Gemeinschaft gekommenen Grundstücks beanspruchen. Der § 116 A.L.R. I. 2 spricht nur davon, wie der Werth einer Sache zu ermittteln, darum handelt es sich hier nicht. Die §§ 433, 434 A.L.R. II. 2 aber enthalten keine Bestimmung darüber, in welcher Weise dem Kinde sein Pflichttheil verabfolgt, ergänzt, oder von der Einschränkung befreit werden soll, sie umfassen beide Fälle, wenn der Pflichttheilsberechtigte auf eine bestimmte Summe eingesetzt und wenn er zum Erben ernannt ist. Ueber die Mittel zur Erreichung jenes Zwecks enthalten jene Paragraphen keine Vorschrift und insbesondere keine dem Antrage des Pflichttheilsberechtigten auf Subhastation entgegenstehende.

Auch gegen den § 436 a. a. O. ist nicht verstoßen. Denn abgesehen von der den Pflichttheil der Klägerin beschwerenden Beschränkung bleiben die Dispositionen des Testaments bestehen.

Der als verletzt bezeichnete Rechtssatz endlich findet keine Anwendung, weil es sich nach obiger Ausführung nicht um die Ausmittelung, sondern um die Ausantwortung des Pflichttheils handelt.

Bei dieser Sachlage bedarf es keiner Prüfung, inwieweit der vom Appellationsrichter an die Spitze seiner Entscheidungsgründe hingestellte Satz, daß der Pflichttheilserbe unter allen Umständen,

was auch im Testament bestimmt, wahrer Erbe ist, in dieser Allgemeinheit richtig ist und insbesondere auf den Pflichttheilsberechtigten Anwendung findet, welcher auf eine bestimmte Summe oder Sache eingesetzt ist. Dieser Fall liegt hier aber nicht vor.

---

## Nr. 160.

**1. Die Unehelichkeit eines Kindes kann nur auf die A.L.R. II. 2 §§ 7—10 bestimmte Weise festgestellt werden.**

**2. Ein Alimentenanspruch, dessen Höhe erst im Prozesse festgestellt wird, unterliegt nicht der kurzen Verjährung.**

A.L.R. II. 2 §§ 7—10. Gesetz vom 31. März 1838 § 2 Nr. 5.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 22. Januar 1880 in Sachen K. wider W. 148/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten gegen das Erkenntniß des frühern preuß. Appell.-Gerichts zu Posen ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Kläger fordern vom Verklagten Entschädigung für den angeblich in den Jahren 1865 bis zur Klageanstellung dem in der geschiedenen Ehe der Klägerin und des Verklagten geborenen Kinde gewährten Unterhalt. Die Instanzrichter haben den Einwand des Verklagten, daß er nicht der Vater dieses Kindes sei, verworfen und den Klägern unter Verwerfung des Einwandes der Verjährung gegen die Ansprüche aus der Zeit bis . . . . . eine Entschädigung zuerkannt.

Die Nichtigkeitsbeschwerden des Beklagten sind unbegründet.

1) Der Anspruch der Kläger hat in jedem Falle seiner möglichen Herleitung aus A.L.R. I. 16 § 46 oder aus nützlicher Verwendung oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag das davon berührte Recht des ehelichen Kindes an seinen Vater wegen Erziehung und Verpflegung nach A.L.R. II. 2 §§ 64, 65 und dieses Recht die eheliche Geburt des Kindes zur nothwendigen Voraussetzung. Die Rechtmäßigkeit eines in der Ehe geborenen Kindes kann aber nur auf die in den §§ 7—10 a. a. O. vorgeschriebene Weise von dem Ehemann, der für dessen Vater gilt, angefochten werden. Ist dies, wie im vorliegenden Falle, nicht geschehen, und steht mithin die Rechtmäßigkeit des Kindes gesetzlich fest, so kann nicht, im Widerspruch damit, wo es sich um eine von der Rechtmäßigkeit des Kindes un-

zertrennliche Folge handelt, dem Vater ein anderweiter Nachweis der behaupteten Unrechtmäßigkeit des Kindes gestattet werden.

2) Dem Kinde hat an seinen Vater nicht ein bestimmter Alimentenanspruch, vielmehr nach den §§ 64, 65 a. a. O. das Recht zugestanden, auf dessen Kosten erzogen und verpflegt zu werden. Mithin haben auch Kläger dadurch, daß sie an Stelle des verpflichteten Vaters das Kind verpflegt haben, weder aus A.L.R. I. 16 § 46 noch aus I. 13 §§ 228 ff. oder 262 ff. eine bestimmte Geldforderung an den Verklagten, sondern nur einen Anspruch auf Entschädigung in Höhe des erst im Prozesse festzustellenden Werthes des Geleisteten erworben, und dieser unterliegt der kurzen Verjährung des § 2 Nr. 5 des Gesetzes vom 31. März 1838 nicht.

---

## Nr. 161.

**1. Der Alimentationsanspruch gegen Verwandte muß, wenn mehrere gleich nahe verpflichtete Verwandte vorhanden sind, gegen alle in einem gemeinschaftlichen Verfahren geltend gemacht werden.**

**2. Eine Ausnahme bildet der Fall, daß einer der Verwandten selbst unvermögend ist. Das Vorhandensein dieser Ausnahme hat der Kläger zu beweisen.**

A.L.R. II. 3 § 20.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 5. Februar 1880 in Sachen Armenverband zu M. wider K. 122/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers gegen das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Stettin ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Ein Hülfsbedürftiger ist zufolge verwaltungsgerichtlichen Urtheils von dem jetzt klagenden Ortsarmenverbande unterstützt worden, und verlangt der letztere in seiner gegen die beiden Schwestern des Unterstützten gerichteten Klage die Erstattung der ihm durch die Unterstützung erwachsenen Ausgaben. Die Verklagten haben der Klage nur den Einwand ihres eigenen Unvermögens entgegengesetzt. Nach erfolgter Beweisaufnahme hat Kläger in der Schlußaudienz erster Instanz die Klage wider die mitverklagte Ehefrau B. zurückgenommen und nur wider die mitverklagte Ehefrau K. aufrecht erhalten, welche demnächst von dem ersten Richter, und zwar auf Zahlung der ganzen

Klageforderung verurtheilt worden ist. Auf einen hierauf von dieser aus der Zurücknahme der Klage wider ihre Schwester hergeleiteten Präjudizialeinwand hat das Appellationsgericht die Klage in der angebrachten Art abgewiesen, weil nach A.L.R. II. 3 § 20 mehrere gleich nahe Verwandte nur gemeinschaftlich belangt werden könnten. Deshalb rügt die Nichtigkeitsbeschwerde Verletzung dieser Gesetzesbestimmung, indem geltend gemacht wird, daß einem auf Erstattung seiner Auslagen klagenden Armenverbande gegenüber jeder einzelne nach den Gesetzen zur Unterstützung Verpflichtete zu dieser Erstattung unbedingt verbunden sei und den Kläger nicht auf die Mitverpflichteten verweisen könne. Dieser Anschauung kann nicht beigetreten werden.

Nach dem § 20 a. a. O. sollen mehrere gleich nahe Verwandte den Unterhalt des dürftigen Familiengliedes

„gemeinschaftlich nach Verhältniß ihres Vermögens"

bestreiten. Gemeinschaftlich bedeutet so viel, wie Alle zusammen, und bildet einen Gegensatz zu solidarisch, wodurch die Verhaftung jedes Einzelnen von mehreren Verpflichteten für das Ganze bezeichnet wird. Es ist die Verschiedenheit dieser Begriffsbestimmungen dem Landrechte eigenthümlich und findet sich darin mehrfach vertreten, wie beispielsweise in dem Verhältnisse mehrerer Miterben zu den Nachlaßgläubigern, wo der Gegensatz zwischen Gemeinschaftlichkeit und Solidarität in den §§ 127 und 131 A.L.R. I. 17 bestimmt und deutlich hervortritt. Auch hat das preuß. Ober-Tribunal in seiner Rechtsprechung stets angenommen, daß beim Vorhandensein mehrerer gleich naher Verwandten der Anspruch auf Unterstützung gegen Alle in einem gemeinschaftlichen Verfahren geltend gemacht werden müsse, und daß eine auf solidarische Verhaftung gestützte Klage unstatthaft sei. (Präjudiz Nr. 1202. — Erkenntniß vom 24. Februar 1853, Präjudiz Nr. 2437, Entscheidungen Bd. 25 S. 153.) — Ueber die Begrenzung des eigenen Rechts des Hülfsbedürftigen hinaus kann sich aber der Erstattungsanspruch des Armenverbandes, der den Hülfsbedürftigen verpflegt hat, nicht erstrecken, mag man die Begründung der Erstattungsklage aus einem Eintreten des Klägers in die Rechte des Unterstützten oder aus einer nützlichen Verwendung herleiten. (Vgl. Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 31. Oktober 1859, Striethorst Archiv Bd. 38 S. 9.)

Von gleichen Grundsätzen ist der Appellationsrichter bei der Motivirung seiner Entscheidung ausgegangen.

Ebensowenig kann ein weiterer Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde für zutreffend erachtet werden. Die Nothwendigkeit der gegen die mehreren Verpflichteten gemeinschaftlich anzustellenden Klage erleidet zwar eine Ausnahme, wenn sich unter denselben Einer oder Einige befinden, welche selbst unvermögend sind. Es muß dann die nur gegen die Unterstützungsfähigen angestellte Klage, und beim Vorhandensein nur Eines derselben gegen diesen allein auf das Ganze zugelassen werden. Das hat auch der Appellationsrichter anerkannt. Aber er verlangt von der klagenden Partei nicht nur die Behauptung, sondern auch den Nachweis des Unvermögens der nicht in Anspruch genommenen gleich nahen Verwandten. Hiergegen macht die Nichtigkeitsbeschwerde geltend, daß die verklagte Ehefrau K. zur Begründung ihres Einwandes ihrerseits habe beweisen müssen, daß ihre Schwester, die Ehefrau B., zur Unterstützung ihres Bruders vermögend sei, daß also der Appellations-Richter die Rechtsgrundsätze von der Regelung der Beweislast verletzt habe. Wenn jedoch der Kläger — zumal er selbst in der Klage das Vermögen der Ehefrau B. zur Erstattung der eingeklagten Forderung behauptet hatte, — unter Abweichung von der gesetzlichen Regel die Klage gegen die eine Schwester zurücknehmen und von der andern die Erstattung der gesammten Verpflegungsgelder fordern wollte, so mußte er auch diejenigen Thatsachen beweisen, durch deren Vorhandensein allein er die Klage auf das Ganze gegen die zweite Schwester begründen konnte. Auch das preußische Ober-Tribunal hat diese Beweispflicht wiederholt anerkannt (Erkenntnisse vom 7. November 1860 und 19. November 1869, Striethorst Archiv Bd. 39 S. 175, Bd. 72 S. 294. — Vgl. Förster, Privatrecht 3. Ausgabe Bd. 3 S. 697). Daß aber der Beweis des Unvermögens der B.'schen Eheleute, welche Eigenthümer eines Grundstücks von 16—17 Morgen seien, durch das Attest des Gemeindevorstandes von G. nicht geführt worden ist, hat der Appellationsrichter — prozessualisch unangefochten — festgestellt.

---

## Nr. 162.

**Familienfideikommiß. Ein Verzicht auf das Sukzessionsrecht steht den nachgeborenen sukzessionsfähigen Kindern des Verzichtenden nicht entgegen.**

A.L.R. II. 4 §§ 203—206.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 22. Dezember 1879 in Sachen Graf H. v. D. u. Gen. wider Graf H. v. D. u. Gen. 6/79.)

Die von den Klägern gegen das Erkenntniß des frühern preuß. Appell.-Gerichts zu Ratibor eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist für begründet erachtet aus folgenden

### Gründen:

Der zweite Richter hat angenommen, daß Graf L., der Vater der Kläger, durch seinen Verzicht auf Mitbesitz und Sukzession zu Gunsten des Bruders Karl Joseph und dessen Deszendenz diesen gegenüber aus der Zahl der Fideikommißberechtigten ausgeschieden, daß Graf Karl Joseph und demnächst sein Sohn, der Verklagte, demzufolge, weil damals kein Kind des Verzichtenden geboren oder erzeugt war und das Recht eines jeden Fideikommißinteressenten zum Besitz dessen physische Existenz zur Zeit des letzten Anfalles zur Voraussetzung habe, alleiniger und rechtmäßiger Fideikommißbesitzer geworden, und daß also mit dem Tode des Grafen L. (1859) überhaupt kein Sukzessionsfall für die Kläger eingetreten sei.

Mit Recht finden letztere in dieser Ausführung eine Verletzung der dafür angezogenen §§ 206, 203—205 A.L.R. II. 4 durch unrichtige Anwendung und des Rechtsgrundsatzes, wonach die den Familienmitgliedern aus der Stiftung zustehenden Rechte zur Sukzession in das Fideikommiß durch Verträge anderer zur Sukzession berufener Anwärter nicht geschmälert werden können, durch Nichtanwendung.

Die gedachten §§ 203—205 schreiben nur vor, daß bei jedem Fideikommißanfall, insofern nicht etwas anderes verordnet ist, nach der Todeszeit des letzten Besitzers bestimmt werden soll, wer von den vorhandenen Anwärtern zur Sukzession der Nächste sei. Sie können daher zur Entscheidung der hier streitigen Frage nichts beitragen, ob der Verzicht des Vaters die rechtliche Wirkung gehabt hat, daß den Klägern die Möglichkeit, ihm nach seinem Tode in das Fideikommiß zu sukzediren, entzogen worden ist. Diese Frage aber ist zu Gunsten der Kläger zu verneinen.

Die Kläger haben durch ihre Geburt auf Grund der Familienfideikommißstiftung die Eigenschaft als sukzessionsfähige Familienmitglieder und folglich auch das Recht erworben, mit Rücksicht auf die maßgebende gesetzliche Erbfolge, ihrem Vater bei dessen Tode zu sukzediren, falls dieser selbst in den Besitz des Fideikommisses gelangt ist. In diesen Besitz war aber ihr Vater nach dem Tode ihres Großvaters, des Grafen L., auf Grund der Stiftung gemeinschaftlich mit seinem Bruder, dem Grafen Karl Joseph, nach § 206 a. a. O. auch in Bezug auf das nutzbare Eigenthum, gelangt. Ihm stand zweifellos frei, über seine persönlichen Rechte auf den lebenslänglichen Mitbesitz und Mitgenuß des Fideikommisses zu Gunsten seines Bruders und dessen Deszendenz zu verfügen. Dies hat er in der Form des Verzichts gethan, und in Folge davon sind erst der Graf Karl Joseph und nach diesem der Verklagte alleinige Fideikommißbesitzer geworden. Beide haben aber das Fideikommiß nur zur Hälfte aus eigenem Rechte — ex pactis et providentia majorum — und im Uebrigen an Stelle des Grafen L. und für denselben lediglich in Ausübung der ihnen für dessen Lebenszeit mittelst des Verzichtes übertragenen Befugnisse besessen. Der zweite Richter erkennt selbst an, daß die Sukzessionsrechte der Kläger von dem Verzicht des Vaters nicht berührt werden konnten. Daraus folgt jedoch, daß auch durch den von dem Vater auf sein Sukzessionsrecht geleisteten Verzicht das Recht seiner nachgeborenen sukzessionsfähigen Kinder, dem Vater, der selbst in den Besitz des Fideikommisses nach § 206 a. a. O. gelangt war, stiftungsmäßig, sobald er starb, zu sukzediren, nicht beseitigt worden ist. Als daher Graf L. starb, erlosch einerseits das Recht des Verklagten zum Alleinbesitz des Fideikommisses und wurde andererseits die Sukzession für die Kläger in dasselbe mit dem Anspruch auf Mitbesitz und Mitgenuß eröffnet.

Hieraus folgt die Vernichtung des zweiten Erkenntnisses im Umfange der Anfechtung.

---

## Nr. 163.

**Durch Familienschlüsse können bereits erworbene Rechte der Familienmitglieder nicht beseitigt werden.**

A.L.R. II. 4 § 40. Gesetz über Familienschlüsse vom 15. Februar 1840 § 1.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 22. Dezember 1879 in Sachen v. K. u. Gen. wider K. u. Gen. 63/79.)

Die Richtigkeitsbeschwerde der Beklagten wider das Erkenntniß des frühern preuß. Kammergerichts zu Berlin ist zurückgewiesen. In Betreff der oben gedachten Frage findet sich folgende Ausführung in den

Gründen:

Unzutreffend ist auch der Vorwurf der Verletzung des § 1 des Gesetzes vom 15. Februar 1840 und des A.L.R. II. 4 § 40. Denn durch Familienschluß kann zwar eine undeutliche Erklärung einer Stiftungsurkunde erläutert werden, es können aber auf Grund der Stiftungsurkunde bereits erworbene Rechte eines Interessenten dadurch nicht beseitigt werden, wie der erste Richter unter Hinweis auf das Erkenntniß des preuß. Ober-Tribunals vom 25. November 1850 (Entscheid. Bd. 20 S. 312 ff.) mit Recht bemerkt.

---

## Nr. 164.

**1. Inwiefern haftet der Staat für die Handlungen seiner Beamten bei Ausübung fiskalischer und landeshoheitlicher Rechte?**

A.L.R. II. 10 §§ 88 ff. Kab.-O. vom 4. Dezbr. 1831.

**2. Die Kosten der vorläufigen Unterbringung eines aus dem Auslande übernommenen Hülfsbedürftigen fallen in Preußen nicht dem Fiskus, sondern demjenigen Landarmenverbande zur Last, innerhalb dessen der Hülfsbedürftige seinen letzten Unterstützungswohnsitz gehabt hat.**

Bundesgesetz vom 6. Juni 1870 §§ 30, 31, 33.

Preuß. Gesetz vom 8. März 1871 § 37.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 2. Februar 1880 in Sachen Aachen wider Fiskus. 104/79.)

Der Arbeiter W. war in Frankreich gemüthskrank geworden und wegen Mittellosigkeit in eine öffentliche Irrenanstalt gebracht. Auf Verlangen der französischen Regierung erklärte sich die preußische Regierung zur Uebernahme des W. bereit. Das preuß. Ministerium des Innern sowie die Regierungen zu Stettin und Aachen veranlaßten die Stadt Aachen zur Aufnahme des W. Diese hat dem-

nächst gegen den Altpommerschen Armenverband auf Uebernahme des W. geklagt und ein obsiegliches Erkenntniß des Bundesamtes für das Heimathwesen erstritten. Soweit der gedachte Armenverband zum Ersatz von Kosten und Auslagen nicht verpflichtet erachtet ist, nimmt die Stadt Aachen dieserhalb jetzt den Fiskus in Anspruch. Ihre Klage ist von dem vormaligen preuß. Appell.-Gericht zu Stettin für unbegründet erachtet, und die von ihr eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Klägerin gründet ihren Anspruch vorzugsweise auf ein angebliches zwischen ihr und dem verklagten Fiskus bestehendes vertragliches Verhältniß. Sie sucht auszuführen, daß in den verschiedenen Anordnungen des Ministeriums des Innern, der Regierungen zu Stettin und Aachen und der Aachener Polizeibehörde ein Auftrag enthalten sei, durch welchen der Fiskus, vertreten durch seine gesetzlichen Organe, die Klägerin angewiesen habe, der einstweiligen Verpflegung des aus Frankreich übernommenen W. sich zu unterziehen, und daß Letztere diesen Auftrag ausgeführt habe. Mit Recht hat der Appellationsrichter diesen Klagegrund für unzutreffend erachtet. Ministerien und Regierungen sind zwar gesetzlich bestellte Vertreter des Fiskus, des Staates als einer vermögensrechtlichen juristischen Person. Es wird derselbe durch die von diesen Vertretern mit dritten Personen geschlossenen Verträge privatrechtlich verpflichtet wie berechtigt. Eine solche Verpflichtung tritt auch dann ein, wenn durch ungerechtfertigte Amtshandlungen fiskalischer Behörden, welche von ihnen in dieser ihrer Eigenschaft vorgenommen werden, Dritte in ihrem Privatinteresse verletzt worden sind (Entscheidung des Ober-Tribunals Bd. 61 S. 10). Daß aber die oben genannten Behörden im streitigen Falle als Vertreter des Fiskus gehandelt haben, dafür fehlt es an erkennbaren Merkmalen.

Speziell gegen den hierauf sich beziehenden Entscheidungsgrund des Appellationsrichters hat zwar die Nichtigkeitsbeschwerde keinen Angriff gerichtet. Aber Ministerien und Regierungen vertreten den Staat auch in den von seinen Vermögensrechten begrifflich verschiedenen Landeshoheitsrechten, zu welchen die eigentlichen Regierungsrechte und unter diesen das Recht zur Ausübung der Landespolizei gehört. Ueber die Frage, ob der Staat auch für die von diesem Standpunkte aus vorgenommenen Handlungen seiner Beamten ein-

treten müsse, welche von der gemeinrechtlichen Praxis fast allgemein bejaht wird (vgl. Förster, Privatrecht III. Auflage Bd. I. S. 553, 554 und Note 29), — fehlen in der preußischen Gesetzgebung bestimmte Vorschriften. Auch aus dem durch die Kabinetsordre vom 4. Dezember 1831 seinem Inhalte nach genehmigten und publizirten Staatsministerialberichte vom 16. November desselben Jahres (Gesetzsammlung S. 255), welcher freilich den Gegensatz zwischen den vermögensrechtlichen Verhältnissen des Fiskus und den Hoheitsrechten hervorhebt und für die letzteren den Rechtsweg ausschließen will, — läßt sich ein klar und bestimmt hervortretender Grundsatz nicht feststellen. Wohl aber ist umgekehrt durch Spezialgesetzgebung die theils unmittelbare, theils subsidiäre Haftpflicht des Staates nach einzelnen bestimmt bezeichneten Richtungen hin ausgesprochen worden, wie beispielsweise die Verhaftung der Post für Geldsendungen, deklarirte Briefe, Paquete und eingeschriebene Sendungen (A.L.R. II. 15 §§ 188 ff. und §§ 6 ff. des Bundesgesetzes vom 2. November 1867) so wie für Ansprüche aus Versehen der Grundbuchbeamten (Grundbuchordnung § 29). Aber diese Spezialgesetzgebung spricht eher gegen, wie für die Annahme einer staatlichen Haftpflicht als gesetzlicher Regel. Die Gesetzrevisoren (Pensum XII. S. 54) haben dieselbe verneint, und die Rechtsprechung der preußischen Gerichte, auch des Ober-Tribunals, ist großen Theils von derselben Annahme ausgegangen (Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 9. Januar 1837, Entscheid. Bd. 2 S. 119 — vgl. Erkenntniß vom 29. Juni 1837 Bd. 3 S. 3). Insbesondere in den Gründen des Erkenntnisses vom 6. April 1869 (Entsch. Bd. 61 S. 1) ist ausgeführt, daß eine allgemeine Verpflichtung des Staates, für die Handlungen seiner Beamten einzutreten, nirgends ausgesprochen worden sei, daß dagegen in Fällen, wo es sich um die Erfüllung von Privatverbindlichkeiten handle, welche ihre Quelle nicht im öffentlichen, sondern im Privatrecht haben, der Fiskus gleich einer Privatperson den durch seine Beamten beschädigten Privatpersonen hafte. (Vgl. auch Erk. des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 10. Dezember 1872, Entscheid. Bd. 8 S. 205 und vom 23. Juni 1875, Entscheid. Bd. 18 S. 136.)

Es verfolgen aber die im Streitfalle in Frage stehenden Anordnungen der mehrgenannten Behörden einzig den darin ausgesprochenen Zweck, in Ausführung der Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Juni 1870 und des preußischen Ausführungsgesetzes

vom 8. März 1871 den in Frankreich hülfsbedürftig gewordenen preußischen Staatsangehörigen W., welcher dem Verlangen der französischen Regierung gemäß nach Preußen übernommen werden mußte, zur vorläufigen Verpflegung einem diesseitigen Armenverbande zu übergeben, da der zur definitiven Unterstützung verpflichtete Armenverband damals noch nicht ermittelt worden war. Von einer Vertretung des Staates als Fiskus konnte bei dem eminent hervortretenden landeshoheitlichen Karakter der öffentlichen Armenpflege nicht die Rede sein, und Ministerium und Regierungen haben lediglich in Ausübung der ihnen als Landespolizeibehörden beiwohnenden Befugnisse gehandelt.

Wesentlich von denselben Grundsätzen geht der Appellationsrichter aus. Die Rüge der Verletzung der Kabinetsordre vom 4. Dezember 1831 ist daher verfehlt.

Eventuell erachtet die Klägerin den Verklagten zur Erstattung der ihr durch die Verpflegung des W. erwachsenen Ausgaben aus dem Rechtsgrunde der Geschäftsführung ohne Auftrag verpflichtet. Dieselbe würde jedoch unter allen Umständen voraussetzen, daß der Verklagte gesetzlich verpflichtet gewesen wäre, seinerseits sich der Unterstützung zu unterziehen. Eine solche Verpflichtung hat der Appellationsrichter mit Recht und aus zutreffenden Gründen verneint.

Nach § 28 des Bundesgesetzes vom 6. Juni 1870 muß jeder hülfsbedürftige Norddeutsche vorläufig von demjenigen Ortsarmenverbande unterstützt werden, in dessen Bezirke er sich beim Eintritte der Hülfsbedürftigkeit befindet. Als solcher Verband ist die klagende Stadtgemeinde Aachen von den Regierungsbehörden angesehen, und ihr demgemäß der W. bei seiner Uebernahme aus Frankreich überwiesen worden. Klägerin bestreitet die Anwendbarkeit des § 28, weil W. nicht erst in Aachen hülfsbedürftig geworden, vielmehr schon vor seinem Eintreffen daselbst sich im Zustande der Hülfsbedürftigkeit befunden habe. Mit dem Appellationsrichter ist jedoch anzunehmen, daß in Preußen W. erst nach dem Ueberschreiten der Landesgrenze hülfsbedürftig war, im Inlande also die Nothwendigkeit seiner Unterstützung erst dann eintrat, als er in Aachen einer Anstalt übergeben wurde. Man kann indessen hiervon absehen, da, wie gleichfalls der Appellationsrichter richtig ausführt, auch dann, wenn W. mit Unrecht von den Regierungsbehörden der Klägerin zur

vorläufigen Unterstützung übergeben worden wäre, diese die Erstattung der von ihr verausgabten Verpflegungskosten doch nur von Demjenigen beanspruchen kann, dem seinerseits definitiv die Unterstützung oblag, die wider den Verklagten sich richtende Erstattungsklage also in ihren Erfolgen immer von einer gesetzlichen Verpflichtung des Letzteren abhängig blieb. Dadurch findet auch der angebliche Umstand seine Erledigung, daß W. bereits vor dessen Ueberweisung an den klagenden Ortsarmenverband im Kreise Eupen das preußische Territorium betreten habe.

Die Pflicht zur Erstattung der aus einer nur vorläufigen Unterstützung erwachsenen Kosten nach Maßgabe der §§ 30, 31 a. a. O. — aus welchen sich übrigens eine Verpflichtung des Fiskus nicht würde herleiten lassen — kommt in dem hier vorliegenden besonderen Falle nicht in Betracht. Es verordnet nämlich der § 33:

> „Muß ein Norddeutscher, welcher — (wie dies bei W. der Fall ist) — keinen Unterstützungswohnsitz hat, auf Verlangen ausländischer Staatsbehörden aus dem Auslande übernommen werden, und ist bei der Uebernahme der Fall der Hülfsbedürftigkeit vorhanden rc., so liegt die Verpflichtung zur Erstattung der Kosten der Unterstützung, beziehungsweise zur Uebernahme des Hülfsbedürftigen demjenigen Bundesstaate ob, innerhalb dessen der Hülfsbedürftige seinen letzten Unterstützungswohnsitz gehabt hat."

Wenn mit diesen Bestimmungen der § 33 seinen Abschluß gefunden hätte, so würde allerdings der preußische Staat, mithin — da es sich um eine vermögensrechtliche Pflicht handelt — der Fiskus mit Recht von der Klägerin in Anspruch genommen worden sein. Es schließt aber der § 33 mit den Worten:

> „mit der Maßgabe, daß es jedem Bundesstaate überlassen bleibt, im Wege der Gesetzgebung diese Verpflichtung auf seine Armenverbände zu übertragen."

Von diesem Vorbehalte hat Preußen in dem Ausführungsgesetze vom 8. März 1871 Gebrauch gemacht, indem der § 37 desselben für den in § 33 a. a. O. erörterten Fall bestimmt,

> daß die Pflicht zur Erstattung der Kosten der Unterstützung, beziehungsweise zur Uebernahme des Hülfsbedürftigen demjenigen Landarmenverbande obliege, innerhalb dessen der Hülfsbedürftige seinen letzten Unterstützungswohnsitz gehabt hat.

Damit ist die unmittelbar den betreffenden Bundesstaaten durch das Bundesgesetz auferlegte Pflicht für den preußischen Fiskus voll und ganz beseitigt, und zur Zeit der Uebernahme des W. aus Frankreich war die Gesetzeskraft des Ausführungsgesetzes vom 8. März 1871 längst eingetreten. Der Klägerin blieb nur übrig, sich an den — inzwischen ermittelten — definitiv verpflichteten Landarmenverband zu halten. Sie hat dies auch gethan, und ist der letztere zur Erstattung der von der Klägerin verauslagten Kosten rechtskräftig verurtheilt worden, freilich unter Abweisung mit einer Theilforderung, eben derjenigen Forderung, welche im jetzigen Prozesse gegen den Fiskus verfolgt wird.

Hiernach kann von einer Besorgung der Geschäfte des Verklagten durch die Klägerin nicht wohl die Rede sein.

---

## Nr. 165.

**Die Nothwendigkeit eines kirchlichen Baues wird von den geistlichen Oberen bestimmt. Die Entscheidung derselben kann im Rechtswege nicht angefochten werden.**

**Ist der Patron verpflichtet, zu den Kosten eines Orgelbaues beizutragen?**

A.L.R. II. 11 §§ 707—709. Vgl. Erkenntniß des Gerichtshofes zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten vom 26. November 1853, Just.-Min.-Bl. von 1854 S. 94.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 12. Februar 1880 in Sachen Fiskus wider D. 211/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Fiskus wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Cöslin ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Im Anfange seiner rechtlichen Ausführungen sagt der Appellationsrichter:

> es liege auf der Hand, daß sich die dem Patron durch das Allgemeine Landrecht auferlegte Beitragspflicht zu den Reparatur- und Baukosten einer Kirche nicht auf die Umfassungsmauern, das Dach, die Fenster und die Thürme der Kirche beschränke, vielmehr sich auch auf den Ausbau des Innern und auf alle dem Gottesdienste dienenden Gegenstände erstrecke, und daß zu den letztern auch die Orgel gehöre, welche den

Zweck habe, den einen wesentlichen Theil des evangelischen Gottesdienstes bildenden Gesang zu tragen.

Wenn er sich hierfür auf das Erkenntniß des preußischen Ober-Tribunals vom 12. März 1858 (Entscheid. Bd. 38 S. 273) beruft, so ist in dessen Gründen ein solcher Grundsatz in Beziehung auf Orgeln nicht ausgesprochen, sondern die Beitragspflicht nur als unbeantwortete Frage aufgeworfen, mit dem Beifügen, daß das Landrecht dem Patron eine Beisteuer zur Anschaffung einer neuen Orgel nicht ausdrücklich auferlegt habe. Die Beantwortung der Frage war auch in dem damaligen Streitfalle nicht geboten, in welchem es sich um die Anschaffung einer neuen Orgel an Stelle einer reparaturbedürftigen alten Orgel handelte, deren seitherige Pertinenzialeigenschaft zur Kirche festgestellt worden war. Aber der Appellationsrichter hat auch offenbar einen allgemein geltenden Rechtsgrundsatz nicht hinstellen wollen, auch aus einem solchen seine Entscheidung nicht hergeleitet. Dies ergiebt sich schon daraus, daß er als Einleitung des beurtheilenden Theils seiner Gründe ausdrücklich ausspricht, wie die Bestätigung des ersten Erkenntnisses im Wesentlichen aus den darin angeführten und in der Appellationsrechtfertigung nicht widerlegten Gründen erfolgen müsse. Diese letzteren, hierdurch von dem Appellationsrichter für einen Theil seiner eigenen erklärten Gründe heben mit den Worten an:

> „Der Kläger ist gesetzlich ohne Weiteres nicht verpflichtet, zur Erbauung einer Orgel beizutragen. Es muß hier jedoch das Resolut vom 24. Febeuar 1865 Berücksichtigung finden. Dasselbe entscheidet über die Art der Bauausführung definitiv."

Der Appellationsrichter hat die Orgel nur als im Allgemeinen zu den gottesdienstlichen Gegenständen gehörig bezeichnen wollen, eine Annahme, die sich auch an sich nicht wohl bezweifeln läßt. Unmittelbar an dieselbe anknüpfend hebt er aber hervor,

> daß in concreto eben dasjenige in Betracht komme, was durch das Resolut der Königlichen Regierung bei Bestätigung der Kostenanschläge und Bauzeichnungen für den Bau der Kirche in D. überhaupt bestimmt worden sei, daß sowohl in dem Anschlage des Bauinspektors D. als auch in demjenigen des Bauinspektors F. auf eine Orgel für die Kirche Bedacht genommen und die Beschaffung einer solchen dadurch gutgeheißen

worden sei, daß der Anschlag und die Bauzeichnungen im Ganzen die Bestätigung der Regierung erhalten hätten.

Hierdurch ist der Appellationsrichter zur Beurtheilung der besondern Lage des Streitfalls übergegangen, und demnächst auch aus dieser das abweisende Erkenntniß motivirt worden. — Beide Vorderrichter haben das die Bauausführung nach dem revidirten und superrevidirten Anschlage anordnende Regierungs-Resolut vom 24. Februar 1865 deshalb für bestimmend erachtet, weil der Regierung als geistlicher Aufsichtsbehörde über die Nothwendigkeit, den Umfang und die Ausführung des Baues die endgültige Entscheidung zustehe. Dieser Annahme ist beizutreten. Nach Vorschrift des A.L.R. II. 11 § 708 sollen in dem Falle, wo über die Nothwendigkeit oder die Art eines Baues oder über die Art des zu leistenden Beitrages unter den Interessenten Streit entsteht, die geistlichen Obern eine gütliche Regulirung versuchen, und in Ermangelung einer gütlichen Einigung nach § 709 die rechtliche Entscheidung des Streites an die weltliche Obrigkeit, d. i. an die Gerichte verweisen. Beschränkte sich das Gesetz auf diese Bestimmungen, so würde das mehrgedachte Resolut keine Definitiv-Entscheidung geben, diese vielmehr nach allen Richtungen hin dem Richterspruche vorbehalten sein. Es verordnet aber der § 707 a. a. O. ohne Einschränkung, daß die geistlichen Obern die Nothwendigkeit des Baues prüfen und die Art desselben bestimmen sollen, und der § 709 schließt mit der Vorschrift, daß dieselben gleichzeitig mit der Verweisung der Interessenten an die Gerichte festsetzen sollen,

„wie es inzwischen mit dem Bau oder der Reparatur gehalten werden solle."

Die Ausführung soll also nicht nothwendig bis zur erfolgten richterlichen Entscheidung suspendirt, sondern kann unbehindert durch den Rechtsweg sofort ins Werk gesetzt werden. Diese Befugniß der Aufsichtsbehörde würde aber zu den größten Unzuträglichkeiten führen, wenn nach geschehener Ausführung eine als maßgebend zu betrachtende gerichtliche Entscheidung in entgegengesetzter Richtung ausfiele. Die richterliche Zuständigkeit kann daher nach richtigem Verständnisse der §§ 707 bis 709 a. a. O. nur auf die Festsetzung der von den Interessenten zu den Kosten zu leistenden Beitragsquoten bezogen werden. Dies Alles ist auch in ausführlicher Motivirung in dem Erkenntniß des preuß. Ober-Tribunals vom 20. Februar 1865

(Entscheid. Bd. 54 S. 305) angenommen worden, und muß demselben überall zugestimmt werden.

Verfehlt ist die Berufung der Nichtigkeitsbeschwerde auf das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 20. April 1872 (Striethorst Archiv Bd. 86 S. 88). Dasselbe betrifft einen Fall, wo eine 1772 erbaute Kirche erst 1826 mit einer auf Kosten dritter Wohlthäter angeschafften Orgel versehen worden ist, und die das landesherrliche Patronat vertretende Regierung schon bei der ersten Aufstellung der Orgel dieselbe nur unter der Bedingung gestattet hat, daß der Staatskasse keine Kosten erwachsen würden, auch in einem Reparaturfalle im Jahre 1844 die Kosten zwar aus Gnadenbewilligung auf den Patronatsfond angewiesen worden sind, jedoch mit einer dahin gehenden Eröffnung an die Gemeinde, daß eine Verpflichtung des Fiskus zur Unterhaltung der Orgel nicht anerkannt werde. Wegen dieser seitens des Patronats ausgesprochenen Verwahrungen ist in obigem Erkenntnisse der Patron in einem weiteren Reparaturfalle nicht für beitragspflichtig erachtet worden. Es handelte sich also um einen von dem jetzigen wesentlich verschiedenen Fall.

---

## Nr. 166.

**Die Verpflichtung des Gutsherrn zur unentgeltlichen Hergabe von Materialien für Schulbauten beschränkt sich auf den Umfang des Gutes, für welches die Schule bestimmt ist. Die Vereinigung desselben mit andern Gütern zu einer Herrschaft übt darauf keinen Einfluß.**

A.L.R. II. 12 § 36.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 19. Februar 1880 in Sachen der Schulgemeinde zu B., Beklagten, wider den Fürsten von Th., Kläger. 223/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Posen ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Zu dem aus mehreren ehemaligen preußischen Domänen-Aemtern gebildeten Fürstenthum K. des Klägers, dessen Bestandtheile auf ein einziges Grundbuchblatt eingetragen sind, gehört das Gut B., worauf sich eine katholische Schule befindet. Die Parteien streiten darüber, ob Kläger zu Bauten dieser Schule gemäß A.L.R. II. 12 § 36 Holz zu gewähren hat, indem Kläger bestreitet, daß solches auf dem Gute B. wachse, während Verklagte behauptet, daß nie ein selbstän-

diges Gut B. existirt habe und daher das Fürstenthum K. mit seinen Forsten als Ganzes bei Erfüllung der streitigen Verpflichtung in Betracht kommen müsse.

Der zweite Richter hat dem Klageantrage gemäß erkannt. Er geht davon aus, daß das „Fürstenthum K." der Verklagten wenigstens nicht im Sinne des § 36 a. a. O. als verpflichtetes Gut gegenüber stehe, Verklagte daher die Voraussetzungen ihres Anspruches, also alle Erfordernisse des allegirten § 36, mithin die Existenz eines Gutes mit darauf befindlichem Walde zu beweisen hat. (Diesen Beweis hält er nicht erbracht und deshalb den § 36 a. a. O. nicht anwendbar.)

Der Vorwurf der Nichtigkeitsbeschwerde, daß er hierdurch den gedachten § 36 und die Grundsätze von der Vertheilung der Beweislast verletzt habe, erscheint nicht gerechtfertigt.

Nach A.L.R. II. 12 § 36 hat der Gutsbesitzer die auf dem Gute, wo die Schule sich befindet, vorhandenen, zum Schulbau nothwendigen Materialien herzugeben. Diese Verpflichtung beschränkt sich, der Stellung und dem Interesse des Gutsherrn entsprechend, auf den Umfang des Gutes, für welches die Schule gegründet ist, und geht, als allgemein gesetzliche, mit diesem auf jeden Besitzer über. Die Vereinigung desselben mit noch anderen Gütern in Einer Hand zu einer sogenannten Herrschaft übt darauf, selbst wenn für letztere nur eine Eintragung in das Grundbuch erfolgt, keinen rechtlichen Einfluß aus, insofern weder der Herrschaftsbesitzer die Grenzen des einzelnen Gutes, rücksichtlich dessen der Schulgemeinde das Recht auf die vorhandenen Baumaterialien nach § 36 a. a. O. zusteht, einseitig zu deren Nachtheil ändern, noch die Schulgemeinde auf anderen Gütern derselben Herrschaft sich vorfindende Baumaterialien für ihre Schule in Anspruch nehmen darf. Deshalb ist dem zweiten Richter darin beizustimmen, daß für die auf dem Gute B. — nicht für das Fürstenthum K. — errichtete Schule nicht der dieses Fürstenthum darstellende Gesammtbesitz des Klägers mit den darauf vorhandenen Forsten als Gut, worauf sich die Schule befindet, im Sinne des allegirten § 36 als leistungspflichtiges Objekt in Betracht kommen kann. Das angezogene Erkenntniß des vormaligen Königlich preußischen Ober-Tribunals vom 12. November 1852 (Entscheid. Bd. 24 S. 138) steht dieser Auffassung nicht entgegen. Denn wenn es auch einerseits davon ausgeht, daß die zu einer so-

genannten Herrschaft vereinigten und solchergestalt auf ein gemeinsames Blatt des Hypothekenbuchs eingetragenen mehreren Güter eines und desselben Besitzers dadurch in Beziehung auf die gesetzliche Verpflichtung des „Gutsbesitzers" gegen die in dieser Herrschaft vorhandenen gemeinen Schulen zu einem Ganzen geworden sind, so erkennt es doch andrerseits an, daß die einzelnen Güter in Ansehung jener Verpflichtung nicht im Begriff der Herrschaft rechtlich oder faktisch untergegangen sind, und gestattet deshalb den Beweis der Zugehörigkeit eines Waldes der Herrschaft zu einem einzelnen Gute derselben. Sie bezieht sich folglich zunächst nicht auf den Fall, wenn über den Umfang des einzelnen Gutes einer Herrschaft, vielmehr auf den Fall, wenn darüber gestritten wird, zu welchem der mehreren Güter einer Herrschaft der dort vorhandene Wald gehört. Demgemäß ist in der spätern Entscheidung desselben Gerichtshofes vom 15. Oktober 1866 (Striethorst Archiv Bd. 65 S. 66) bereits angenommen worden, daß es nach § 36 a. a. O. nur darauf ankomme, ob das Gut, auf welchem sich die Schule befindet, thatsächlich ein besonderes ist, und daß es gleichgültig sei, ob es in rechtlicher Beziehung mit noch andern Gütern ein Ganzes, eine Herrschaft bildet. Steht aber der Güterkomplex des Fürstenthums oder der Standesherrschaft K. der Verklagten nicht als Gut, worauf sich ihre Schule in B. befindet, gegenüber, so ist mit Recht von ihr der Beweis verlangt worden, daß und innerhalb welcher Grenzen sie die Erfüllung der vom Kläger, als Gutsherrn von B., beanspruchten Gesetzespflicht zu fordern befugt ist, mithin, daß ein Wald auf dem Theil der Gesammtherrschaft, welcher allein als Gut B., wo sich die Schule befindet, mit jener Verpflichtung belastet ist, vorhanden sei.

---

## Nr. 167.

**Ist der Regreß der Bürgen und Mitschuldner nach der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §§ 86, 87 nur aus dem Recht des befriedigten Gläubigers oder auch aus eigenem Recht kraft besondern Abkommens zulässig?**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 25. Februar 1880 in Sachen der Sch.'schen Konkursmasse, Klägerin und Implorantin, wider die Konkursmasse Sch. u Co., Beklagte und Imploratin. 47/80.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin wider das Erkenntniß des vormaligen preußischen Appellationsgerichts zu Breslau ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die beiden streitenden Massen haften solidarisch für in der Klage näher bezeichnete Wechselforderungen. Für die Nichtigkeitsbeschwerde muß davon ausgegangen werden, einmal, daß der Gemeinschuldner der klägerischen Masse die Wechselverpflichtung durch Akzept und Giro nur aus Gefälligkeit gegen den Gemeinschuldner der beklagten Masse übernommen hatte, sodann, daß die Wechselforderungen zur Zeit nur zur klagenden Masse angemeldet worden sind. Weil der Appellationsrichter trotz dieser beiden Umstände den Regreßanspruch der klagenden Masse aus § 87 K.O. zurückweist, macht ihm die Nichtigkeitsbeschwerde den Vorwurf der Verletzung dieses Paragraphen und des § 86 daselbst.

Ueber die Gesetzesstellen bezüglich der Frage der Zulässigkeit eines Regreßanspruchs aus einem besonderen Titel herrschte zwischen dem preußischen Ober-Tribunal und dem Reichs-Oberhandelsgericht Meinungsverschiedenheit. Das Ober-Tribunal hat diese Frage bejaht (vgl. Striethorst Archiv Bd. 37 S. 195, Bd. 41 S. 332), das Reichs-Oberhandelsgericht sie verneint (vgl. Entscheidungen Bd. 14 S. 314, Bd. 21 S. 92). Das Ober-Tribunal läßt sich durch die Erwägung bestimmen, der angezogene § 87 habe nach seiner ausdrücklichen Bestimmung nur den Fall der solidarischen Verhaftung mehrerer Konkursmassen für ein und dieselbe Forderung im Auge, der Regreßanspruch auf Grund eines besonderen Abkommens, wie hier auf Grund eines bloßen Gefälligkeitsakzeptes oder Giros, sei aber nicht identisch mit der Forderung, für welche die Solidarhaft im Gesetze vorausgesetzt werde. Es müsse deshalb ein solcher Regreßanspruch nach Civilrecht beurtheilt werden.

Diese Ansicht kann indeß mit dem Reichs-Oberhandelsgerichte nicht für gerechtfertigt erachtet werden. Zugegeben muß werden, daß der § 87 a. a. O. von dem Falle handelt, in welchem mehrere Konkursmassen für ein und dieselbe Forderung solidarisch verhaftet sind. Aber daraus folgt noch nicht mit Nothwendigkeit, daß der im dritten Absatze dieses Paragraphen ausgeschlossene Rückgriff der einen Masse gegen die andere nur gedacht sei als ein Anspruch aus dem Rechte des bezahlten Gläubigers, d. i. als Verfolgung derselben Forderung, für welche die Solidarhaft vorliegt. Gegen eine solche Annahme sprechen folgende Erwägungen: Im vorhergehenden § 86 ist in dem Falle, in welchem der Hauptschuldner einer Forderung

allein in Konkurs verfällt, den Bürgen und Mitschuldnern jeder Rückgriff gegen die Masse abgeschnitten, sofern er sich nicht auf Zahlungen stützt, welche von ihnen auf die Forderung geleistet sind.

„Dagegen können sie insoweit, als die Forderung noch unbezahlt ist, keinen Anspruch auf Ersatz der von ihnen für den Gemeinschuldner auf die Forderung künftig noch zu leistenden Zahlungen liquidiren, vielmehr sind sie nur berechtigt, mittelst Befriedigung des Gläubigers in dessen Rechte gegen die Masse einzutreten".

Damit ist klar ausgesprochen, daß der Rückgriff der Bürgen und Mitschuldner nach ausgebrochenem Konkurse des Hauptschuldners, soweit es sich um Zahlungen während des Konkurses handelt, nur aus dem Rechte des befriedigten Gläubigers (§ 11 l. c.) geltend gemacht werden kann, mithin jeder Anspruch aus eigenem Rechte, auf Grund eines besonderen Abkommens, unbedingt ausgeschlossen ist. Auch die Motive bestätigen die Richtigkeit dieser Auffassung.

„Soweit die Forderung noch unbezahlt ist, hat der Gläubiger das Recht, dieselbe im Konkurse zu liquidiren; es kann also nicht gleichzeitig ein eventueller Regreßanspruch wegen desselben Betrages gegen die Masse geltend gemacht werden, weil sonst dieselbe Forderung doppelt gegen die Masse liquidirt würde, was nicht zulässig ist."

Hervorzuheben ist hier, daß von derselben Forderung geredet wird, obwohl es sich um zwei dem rechtlichen Grunde nach verschiedene und nur im Geldbetrage übereinstimmende Ansprüche handelt. Daraus ergiebt sich schon ein nicht ungewichtiges Moment dafür, daß auch im § 87 an eine Unterscheidung nach dem rechtlichen Karakter der Ansprüche nicht gedacht, sondern auch hier nur der thatsächliche Effekt bei der Absicht im Auge behalten worden ist, einer Benachtheiligung der übrigen Gläubiger durch doppelte Heranziehung der Konkursmasse wenn auch nicht für so doch bezüglich und anläßlich einer und derselben Forderung vorzubeugen. Dazu tritt mit noch größerem Gewichte die Erwägung, daß es an jedem Grunde für die Voraussetzung fehlen würde, der Gesetzgeber habe die Rechte der Bürgen und Mitschuldner im Falle ihres eignen Konkurses erweitern und ihnen dann den andernfalls versagten Rückgriff aus besonderem Titel gewähren wollen. Der § 87 geht vielmehr noch über den § 86 hinaus und versagt im Falle der solidarischen

Verhaftung beider Massen für dieselbe Forderung, abgesehen von dem hier nicht interessirenden Falle des letzten Absatzes, auch den unter der Voraussetzung des § 86 allein noch zugelassenen Rückgriff aus dem Rechte des befriedigten Gläubigers.

Der Appellationsrichter hat sonach mit Recht bei Anwendung des § 87 kein Gewicht auf das besondere Abkommen gelegt, aus welchem hier der Regreßanspruch der Klägerin begründet werden soll.*)

---

## Nr. 168.

**Ist der Antrag des Gemeinschuldners oder seiner Erben auf Aufhebung des gemeinen Konkurses nach der Konk.-O. v. 8. Mai 1855 unbedingt von dem Nachweis der Vermögenszulänglichkeit abhängig?**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 19. März 1880 in Sachen der Freifrau v. B., Klägerin, wider den R.'schen Konkursverwalter und den Gutsbesitzer M., Beklagte. 152/80.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin gegen das Erkenntniß des preuß. Oberlandesgerichts zu Breslau ist zurückgewiesen, und zwar betreffs der oben gestellten Frage aus folgenden

Gründen:

Implorantin rügt die Verletzung des § 330 der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 zunächst insofern, als der Appellations-

---

*) Nach den Bestimmungen der Reichs-K.O. würde der Regreßanspruch der klagenden Masse zuzulassen sein. Die Reichs-K.O. weicht von den Bestimmungen der §§ 86, 87 der preuß. K.O. in drei Richtungen ab:

1) was für den vorliegenden Fall nicht interessirt, — sie erkennt (§ 61) die Befugniß des Gläubigers, welchem mehrere Personen solidarisch schulden, in jedem einzelnen Konkurse derselben den ganzen ihm bei der Eröffnung des Verfahrens geschuldeten Betrag bis zu seiner vollen Befriedigung geltend zu machen, auch für den Fall an, daß nur gegen einige oder einen der mehreren Schuldner das Konkursverfahren eröffnet worden ist (anders § 87 Abs. 1 der pr. K.O.);
2) sie hat, indem sie keine besonderen Vorschriften über die Statthaftigkeit des Rückgriffs eines Mitschuldners bzw. seiner Konkursmasse gegen die Konkursmasse eines anderen Mitschuldners giebt und somit diese Frage lediglich aus dem Civilrecht entscheiden läßt (vgl. die Motive zu §§ 60, 61), nicht nur die Bestimmung des § 87 Abs. 3 der pr. K.O., sondern auch
3) diejenige des § 86 Abs. 2 daselbst beseitigt; der regreßberechtigte Mitschuldner bzw. dessen Konkursmasse kann seinen Regreßanspruch auch schon vor geleisteter Zahlung gemäß § 60 als suspensiv bedingte Forderung zur Konkursmasse des regreßpflichtigen Mitschuldners geltend machen.

richter ausgesprochen, der Antrag des Gemeinschuldners oder dessen Erben auf Wiederaufhebung des gemeinen Konkurses könne nur durch den Nachweis der Vermögenszulänglichkeit begründet werden, und deshalb der Prüfung der anderen, in der Klage gegen die Konkurseröffnung geltend gemachten Gründe sich entzogen hat. Dieser Angriff ist jedoch verfehlt.

Zunächst muß davon ausgegangen werden, daß der Ausspruch des Appellationsrichters in Anlehnung an den vorliegenden Fall, also nur unter der Voraussetzung gethan ist, der Konkurs sei nicht zuwider dem Gesetz von Amtswegen, sondern auf Antrag eines Gläubigers, und er sei ferner von dem zuständigen Richter eröffnet (§§ 321, 320 a. a. O.). Unter dieser Beschränkung aber ist der Ausspruch richtig.

Das als verletzt bezeichnete Gesetz bestimmt, von derselben Voraussetzung ausgehend:

> der Antrag auf Wiederaufhebung des Konkurses muß durch den Nachweis der Vermögenszulänglichkeit begründet werden.

Schon der gebrauchte Ausdruck „muß" deutet, wie auch der Appellationsrichter in Uebereinstimmung mit dem preußischen Ober-Tribunale, Striethorst Archiv Bd. 74 S. 190, ausgeführt hat, darauf hin, daß der Nachweis der Zulänglichkeit des Vermögens beziehungsweise Nachlasses zu vollständiger Befriedigung der Gläubiger der allein zulässige Weg ist, auf welchem die Wiederaufhebung des Konkurses im Prozeßwege erwirkt werden kann. Hierfür sprechen aber auch sachliche Gründe. Die Unzulänglichkeit des Vermögens oder des Nachlasses des Gemeinschuldners zu vollständiger Befriedigung seiner Gläubiger ist das alleinige Erforderniß für die Eröffnung des gemeinen Konkurses (§ 322 der Konkurs-Ordnung). Wird diese Voraussetzung als vorhanden festgestellt, so ist dem Antrage auf Konkurseröffnung (§ 321 ebenda) stattzugeben. Dem entsprechend beschränkt das Gesetz die Begründung des Antrages des Gemeinschuldners oder dessen Erben auf Wiederaufhebung des Konkurses auf den Nachweis der Vermögenszulänglichkeit, also den Nachweis, daß das alleinige gesetzliche Erforderniß der Konkurseröffnung nicht vorhanden ist. Nur in diesem Falle soll der gegen den Antragsteller und den ernannten Massenverwalter einseitig gerichtete Antrag des Gemeinschuldners oder dessen Erben ausreichend sein, das Konkursverfahren rückgängig zu machen und den Gläubigern die durch die

Eröffnung des Konkurses auf die Masse erlangten Rechte wiederum zu entziehen. In allen anderen Fällen erfolgt dagegen die Einstellung (§ 210 Abs. 2 a. a. O.), beziehungsweise Beendigung des Konkurses nur im ordentlichen Verfahren unter Mitwirkung der Gläubigerschaft (§§ 272 ff. daselbst).

---

## Nr. 169.

**Nach Beendigung des erbschaftlichen Liquidationsverfahrens steht dem nicht präkludirten Nachlaßgläubiger die Wahl zu, entweder die Forderung gegen den Benefizialerben zur Vollstreckung zu bringen oder die Eröffnung des Konkurses zu beantragen.**

Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 §§ 357 ff.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 13. Januar 1880 in Sachen B. wider W. 130/79.)

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers und Widerbeklagten ist das Urtheil des früheren preuß. Appell.-Gericht zu Frankfurt a. O. vernichtet und das erste Erkenntniß bestätigt aus folgenden

### Gründen:

Die auf Verletzung der §§ 357 und 345 der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 und A.L.R. I. 16 § 207 gestützte Nichtigkeitsbeschwerde erscheint begründet.

Nach preußischem Recht ist der Benefizialerbe Herr des Nachlasses; er behält dessen Verwaltung und kann über die Bestandtheile desselben verfügen. (Verordnung vom 28. März 1840 — Gesetzsammlung S. 103 — § 345 der Konkursordnung.) „Er muß aber nach A.L.R. I. 9 §§ 452 ff. die Bezahlung der Erbschaftsgläubiger in derjenigen Ordnung leisten, welche die Gesetze nach Beschaffenheit ihrer Forderungen vorschreiben.“ Um dies zu können, und lediglich in seinem Interesse, ist ihm gesetzlich die Befugniß ertheilt, das Liquidationsverfahren über den Nachlaß seines Erblassers zu beantragen. § 342 der Konkursordnung. Dies Verfahren ist wesentlich ein öffentliches Aufgebot der Nachlaßgläubiger; es gewährt dem Erben die Möglichkeit, die Gläubiger kennen zu lernen, befähigt ihn, einen Status des Nachlasses machen und sich berechnen zu können, wie weit er jedem einzelnen Gläubiger, der sich gemeldet hat, Zahlung aus der Erbschaft zu leisten vermag, ohne sich persönlich verantwortlich zu machen, und berechtigt ihn, diejenigen Gläubiger, welche sich

innerhalb der bestimmten Frist nicht gemeldet haben, an dasjenige zu verweisen, was nach vollständiger Berichtigung aller rechtzeitig angemeldeten Forderungen von der Nachlaßmasse übrig bleiben wird (§§ 347, 348 der Konkursordnung). Mit dem Präklusionserkenntniß ist das **gerichtliche** Verfahren beendigt (§ 355 der Konkursordnung). Jetzt ist es des Erben Sache, die Gläubiger zu befriedigen, oder wie es im § 355 a. a. O. heißt: „es bleibt ihm überlassen, sich mit den Erbschaftsgläubigern und Legataren wegen Berichtigung der angemeldeten Nachlaßschulden zu benehmen." Er kann erklären, daß er die sämmtlichen angemeldeten Forderungen, soweit solche in Richtigkeit beruhen, ohne sich dagegen der Rechtswohlthat des Inventars zu bedienen, befriedigen wolle. Alsdann haftet er den Gläubigern, die sich gemeldet haben, wie ein Erbe ohne Vorbehalt, den präkludirten nur mit dem Ueberrest der Masse. (§ 356 a. a. O.)

Wenn er aber binnen zwei Monaten seit dem Tage der öffentlichen Bekanntmachung über die Beendigung des Verfahrens jene Erklärung (§ 356) nicht abgiebt, auch auf die Rechtswohlthat des Inventars nicht verzichtet, so muß er in seiner Eigenschaft als Benefizialerbe die nicht präkludirten Gläubiger befriedigen, die bevorzugten vorweg, die nicht bevorrechteten, soweit sie vigilant sind.

Allerdings bestimmte der von der Regierung vorgelegte Entwurf im § 355 (jetzt 357) für den Fall, daß der Erbe nicht binnen jener zwei Monate auf die Rechtswohlthat des Inventars verzichte, in seinem zweiten und dritten Satze:

„**Die ausgeschlossenen Gläubiger und Legatare treten in ihre früheren Rechte zurück.**

**Jeder Gläubiger oder Legatar ist berechtigt, seine Forderung an dem Nachlaß, soweit derselbe reicht, gegen den Benefizialerben zur Vollstreckung zu bringen;** ingleichem kann von jedem Gläubiger oder Legatar die Eröffnung des Konkurses beantragt werden, ohne daß es des besonderen Nachweises der Unzulänglichkeit des Nachlasses bedarf."

Die Kommissionen beider Kammern erklärten sich gegen diese Bestimmungen, soweit sie hier gesperrt sind, namentlich der Kommissionsbericht der zweiten Kammer bemerkte bezüglich des ersten Satzes:

„Es würden dadurch nicht nur die Rechte der Gläubiger, die ihre Forderungen angemeldet hätten, gekränkt, und . . . . . . die

Kommination, unter der alle Gläubiger vorgeladen worden, illusorisch, sondern es würden auch die Rechte des Erben wesentlich verletzt werden."

„Er würde nach Ablauf dieser zwei Monate nicht mehr mit Sicherheit an diejenigen Gläubiger zahlen können, welche sich gemeldet haben; er müßte alle präkludirten ebenso berücksichtigen, und zwar nicht bloß die namentlich präkludirten, sondern auch diejenigen, deren Existenz ihm gänzlich unbekannt gewesen ist. Es würde also darauf hinauslaufen, daß der ganze erbschaftliche Liquidationsprozeß für ihn kein Resultat herbeigeführt hätte 2c. 2c. Nur der letzte Satz des § 355 des Entwurfs spreche einen Grundsatz aus, mit dem sich die Kommission einverstanden erklären könne 2c."

„Die Kommission wolle daher nur diesem letzten Satze zustimmen und diesem Gedanken dadurch Ausdruck geben, daß sie den § 354 des Entwurfs mit Weglassung dessen, was er über das Recht des Benefizialerben, über den Nachlaß zu verfügen, enthalte, zur Bezeichnung des Falles, von dem im § 355 des Entwurfs die Rede, aufnehme, und nun im § 355 (jetzt § 357) bestimme, daß in dem gedachten Falle jeder Gläubiger auf die Eröffnung des Konkurses antragen könne." (Vgl. Wentzel und Klose, die preußische Konkurs-Ordnung S. 426 ff., Goltdammer, Kommentar zur Konkurs-Ordnung S. 486 ff.)

Aus dieser Motivirung geht hervor, daß sich die genannte Kommission nur gegen die Gleichstellung der präkludirten Gläubiger mit den nicht präkludirten wendete; deshalb mußte aber auch der zweite Satz fallen, weil unter den Worten „Jeder Gläubiger oder Legatar" auch die präkludirten mit begriffen waren. Sie nahm mit Recht an, daß eine derartige Gleichstellung den Zweck des Verfahrens vereitele, der nur der sei, dem Erben eine Uebersicht darüber zu verschaffen, an wen er mit Sicherheit zahlen könne, und ihn während des Verfahrens gegen den Zugriff Einzelner zu sichern. Nimmermehr bezweckt aber das Verfahren, nach seinem Schluß die Nichtpräkludirten von dem Angriff auf den Nachlaß abzuhalten. Hier tritt die Regel ein, die wachsamen Gläubiger mögen eilen, daß sie ihre Befriedigung erlangen, sei es durch Exekution, wenn anders ihre Ansprüche exekutorisch sind, sei es durch Antrag auf Eröffnung des Konkurses, wenn die Ansprüche noch nicht rechtskräftig feststehen.

In diesem Falle soll es zur Begründung jenes Antrages nicht des besonderen Nachweises der Unzulänglichkeit des Nachlasses bedürfen — und das zu bestimmen ist der alleinige Zweck des § 357 a. a. O. —, denn es liegt, wenn der Erbe weder die Erklärung nach § 356 abgiebt noch auf die Rechtswohlthat des Inventars verzichtet, auch mit Befriedigung der Nachlaßgläubiger nicht vorgeht, die Annahme nahe, daß der Nachlaß in der That insuffizient sei.

Etwas Anderes hat auch das Herrenhaus nicht ausgesprochen.

Entscheidend ist, daß das Recht des Zugriffs den Nichtpräkludirten nach Schluß des Verfahrens durch das Gesetz nicht versagt ist.

Hiernach verletzt der Appellationsrichter, welcher der in den Entscheidungen Bd. 56 S. 478, Striethorst Archiv Bd. 61 S. 349, vgl. auch Bd. 89 S. 365, ausgesprochenen Ansicht des preußischen Ober-Tribunals beipflichtet, den § 357 der Konkurs-Ordnung durch unrichtige Anwendung, wenn er annimmt, daß der Kläger, ein Nachlaßgläubiger, der seine judikatmäßige Forderung in dem über den Nachlaß eröffneten erbschaftlichen Liquidationsverfahren angemeldet hatte, dieselbe nach Ablauf der mehrfach erwähnten zwei Monate nicht im Wege der Exekution gegen den Benefizialerben beitreiben lassen dürfe.

---

## Nr. 170.

**Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855. Das Anfechtungsrecht des Gläubigers ist an die Exekutionsfähigkeit seiner Forderung geknüpft. Bei rechtskräftig feststehenden terminlich zu leistenden Zahlungen kann deshalb die Anfechtung nur wegen der fälligen, nicht wegen der erst künftig einziehbaren Raten erfolgen.**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 20. Januar 1880 in Sachen S. wider K. 118/79.)

Dem Kläger steht rechtskräftig eine Alimentenforderung gegen den Beklagten zu, zahlbar in Quartalraten bis zum 15. Lebensjahre des Klägers. Er hat einen Vertrag, durch welchen die Beklagten ihr Grundstück verkauft haben, auf Grund des Gesetzes vom 9. Mai 1855 angefochten, und zwar sowohl wegen der rückständigen Alimente, als wegen mehrerer erst zukünftigen Raten. In Betreff letzterer ist die Anfechtungsklage durch den zweiten Richter, das vormalige preuß. Appell.-Gericht zu Posen, für unbegründet erachtet

und die gegen diese Entscheidung vom Kläger eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Implorant findet in der Annahme des Appellationsrichters, daß seiner Forderung wegen der zukünftigen, noch nicht fälligen Alimente trotz der rechtskräftigen Feststellung die Eigenschaft der Vollstreckbarkeit fehle, die Verletzung des § 1 des Gesetzes vom 9. Mai 1855 (G.S. 1855 S. 429) und der A.G.O. Einleitung §§ 65, 66 und I. 16 § 1. — Die Beschwerde kann nicht für begründet erachtet werden.

Die Befugniß des Gläubigers, die Rechtshandlungen des zahlungsunfähigen Schuldners anzufechten, beruht auf seinem Exekutionsrechte und ist als eine Erweiterung der Exekutionsvollstreckung anzusehen. Das Exekutionsrecht hängt jedoch nicht von der Rechtskraft des ergangenen Urtheils allein ab, sondern ist auch durch die Fälligkeit der erstrittenen Forderung bedingt. Wenn das Urtheil die Verpflichtung zur Erfüllung an eine Frist bindet, so tritt die Exekutionsfähigkeit erst mit dem Ablaufe der Frist ein (A.G.O. I. 24 §§ 2, 3, I. 28 § 4 Nr. 1 Kabinets-Ordre vom 17. Oktober 1833 Nr. 1, G.S. 1833 S. 119). Nach dem Gesetze vom 26. April 1835 über Verträge zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheile der Gläubiger (G.S. 1835 S. 53) konnte ein Zweifel darüber nicht obwalten, daß die Anfechtung nur wegen exekutionsfähiger, also fälliger Forderungen statthaft war, weil unter der Herrschaft dieses Gesetzes die Anfechtung innerhalb des Rahmens des Exekutionsverfahrens sich vollzog und davon abhängig gemacht war, daß der anfechtende Gläubiger die Exekution nachgesucht hatte und diese zur Einleitung gelangt war, §§ 1, 4 (vgl. Entscheidungen des preußischen Ober-Tribunals Bd. 21 S. 250 und Präj. Nr. 1041 vom 14. September 1841, Präj.-Sammlung I. S. 404). Wenn nun auch das Gesetz vom 9. Mai 1855 von dieser Voraussetzung abgesehen hat, so ist durch dasselbe in Betreff der Vorbedingung, daß die Forderung, wegen welcher die Anfechtung erfolgt, exekutionsfähig sein muß, nichts geändert (vgl. Striethorst Archiv Bd. 76 S. 137). Die Motive zu dem von der Regierung vorgelegten Entwurfe bemerken zu § 1, welcher das Anfechtungsrecht an die Vollstreckbarkeit der Forderung des Gläubigers knüpft:

„daß die Forderung des anfechtenden Gläubigers vollstreckbar

sein muß, bedarf keiner besondern Rechtfertigung; das Gesetz vom 26. April 1835 geht von derselben Voraussetzung aus,"

und dabei werden die §§ 1 und 4 des letzteren Gesetzes ausdrücklich allegirt (Goltdammer, Kommentar zur Konkurs-Ordnung 2. Ausgabe S. 555). Schon im Sinne der Allgemeinen Gerichts-Ordnung, welche häufig den Ausdruck „Vollstreckung" gleichbedeutend mit „Exekutionsvollstreckung" gebraucht, muß unter einer vollstreckbaren eine exekutionsfähige Forderung verstanden werden, und dafür, daß auch das Gesetz vom 9. Mai 1855 mit dem Worte „vollstreckbar" dieselbe Bedeutung verbindet, giebt die Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855, bei der konformen Terminologie beider Gesetze, einen sicheren Anhalt. Die §§ 362, 363 der letzteren lassen den Beitritt zu einer im Wege der Exekution bereits bewirkten Beschlagnahme oder ertheilten Klageermächtigung nur zu Gunsten vollstreckbarer Forderungen zu, und da der Beitritt selbst ein Exekutionsmittel ist und der beitretende Gläubiger dem Gläubiger, auf dessen Antrag die Exekutionsmaßregeln vorgenommen sind, gleichberechtigt zur Seite gestellt wird, so folgt daraus, daß seine Forderung exekutionsfähig sein muß. Es verordnet deshalb auch der § 368, welcher über die Theilnahmerechte der Gläubiger im Prioritätsverfahren Bestimmung trifft, Absatz 4:

> besteht der Gegenstand einer Forderung in fortlaufenden Hebungen, so findet ein Anspruch auf Sicherstellung von künftigen Hebungen aus der Masse nur statt, insofern gegen den Schuldner die Verpflichtung zur Sicherstellung durch einen vollstreckbaren Titel ausdrücklich festgesetzt worden ist,

und die Motive zum Regierungsentwurf heben dabei hervor:

> „da bei diesem Prioritätsverfahren nur solche Gläubiger zugelassen werden, deren Forderungen vollstreckbar, also fällig sind, so können die erst künftigen Beträge fortlaufender Hebungen nicht berücksichtigt werden."

Goltdammer a. a. O. S. 496.

Auch in den §§ 421 ff., welche von der gerichtlichen Zahlungsstundung handeln, kann, wie sich aus der Natur der Sache ergiebt, unter einer vollstreckbaren Forderung nur eine exekutionsfähige, fällige verstanden sein.

Aber abgesehen von diesen Anhaltspunkten für die Auslegung des in dem § 1 des Gesetzes vom 9. Mai 1855 gebrauchten Aus-

drucks „vollstreckbar," folgt aus den weiteren Bestimmungen dieses Gesetzes selbst, daß das Anfechtungsrecht an die Exekutionsfähigkeit der Forderung des Gläubigers geknüpft ist. Die §§ 3 und 4 sprechen ausdrücklich von der von dem Gläubiger veranlaßten Exekution. Nach § 3 Nr. 2 ist eine Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners anzunehmen, wenn derselbe sich auf flüchtigen Fuß gesetzt hat oder sich verborgen hält, und deshalb die Vollstreckung der Exekution nicht stattfinden kann. Die Nr. 3 desselben Paragraphen, welche besagt, daß eine Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners anzunehmen ist,

> wenn innerhalb des letzten Jahres vor dem Tage, an welchem die auf die Anfechtung gerichtete Klage oder Einwendung angebracht worden ist, eine Exekution gegen die Person oder in das Vermögen des Schuldners fruchtlos gewesen ist,

lautete in der Fassung des Regierungsentwurfes:

> „wenn schon innerhalb des letzten Jahres vor dem Erlaß der Exekutionsverfügung eine Exekution . . . . fruchtlos gewesen ist,"

und wie der Kommissionsbericht der zweiten Kammer ergiebt, ist diese Fassung nur deshalb abgelehnt worden, weil durch die inzwischen in Kraft getretene Prozeßnovelle vom 20. März 1854 der monitorische Zahlungsbefehl des § 31 Thl. I. Tit. 24 der A.G.O. aufgehoben war (Goltdammer a. a. O. S. 557). Von entscheidendster Bedeutung ist aber die Bestimmung des § 10, wonach der Gläubiger sein Anfechtungsrecht verliert, wenn er von demselben nicht innerhalb des Zeitraumes Gebrauch macht, in welchem ihm die Exekution gegen den Schuldner überhaupt zusteht. Hier ist es also ausdrücklich ausgesprochen, daß die Exekutionsfähigkeit der Forderung die Vorbedingung für das Anfechtungsrecht ist, und ebenso wie dieses ausgeschlossen ist, wenn der Titel des Gläubigers seine Exekutivkraft bereits verloren hat, besteht es auch nicht, wenn der Titel die Exekutivkraft noch gar nicht erlangt hat.

Endlich findet diese Auslegung des Gesetzes vom 9. Mai 1855 auch ihre Unterstützung in den Berathungen, welche dem Reichsgesetze vom 21. Juli 1879, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens (Reichsgesetzblatt 1879 S. 277), zum Grunde liegen. Das Reichsgesetz, § 2, legt das Anfechtungsrecht jedem Gläubiger bei, „welcher einen voll-

streckbaren Schuldtitel erlangt hat und dessen Forderung fällig ist." In der Begründung des von dem Bundesrathe dem Reichstage vorgelegten Entwurfs, welcher die Worte „und dessen Forderung fällig ist" nicht enthielt, ist ausgeführt:

„Auf Seiten des Gläubigers will der Entwurf nach dem Vorgange des preußischen Gesetzes vom 9. Mai 1855 die Anfechtung davon abhängig machen, daß er für seine Forderung einen vollstreckbaren Titel erlangt hat. Die Fälligkeit der Forderung berechtigt den Gläubiger, nur Erfüllung derselben von dem Schuldner zu verlangen. Erst die Vollstreckbarkeit gewährt dem Gläubiger die rechtliche Möglichkeit, ohne den Willen des Schuldners einzelne Vermögensstücke desselben nach seiner Auswahl zu seiner Befriedigung zu verwenden."

Drucksachen des Reichstages Nr. 115, IV. Legislatur-Periode II. Session 1879.

Bei der mündlichen Berichterstattung hat sodann der Vertreter der mit der Berathung des Entwurfs betrauten Kommission des Reichstages erklärt:

„Der Entwurf hat einen vollstreckbaren Schuldtitel gefordert. Nach eingehender Berathung hat sich die Kommission in ihrer großen Mehrheit mit diesem Gesichtspunkte einverstanden erklärt, hat es aber für eine Konsequenz dieser Anschauungsweise angesehen, daß im § 2 die Bestimmung aufgenommen werde, daß die Forderung fällig sein muß. Materiell ist damit keine Aenderung des Entwurfs eingetreten."

Drucksachen Nr. 358. Stenographische Berichte S. 2268/69.

Der § 2 ist darauf ohne weitere Debatte in der Fassung des Gesetzes von dem Reichstage angenommen worden. Hieraus folgt, daß der Reichstag von der Ansicht ausgegangen ist, daß durch die Hinzufügung der Worte: „und dessen Forderung fällig ist," eine materielle Aenderung des auf dem Standpunkte des preußischen Gesetzes vom 9. Mai 1855 stehenden Entwurfs nicht herbeigeführt sei.

Nach allem Ausgeführten fällt dem Appellationsrichter die Verletzung des § 1 des Anfechtungsgesetzes nicht zur Last. Ebenso wenig liegt ein Verstoß gegen §§ 65, 66 der Einleitung und § 1 Thl. I Tit. 16 der A.G.O. vor, welche davon handeln, daß rechtskräftige Urtheile nicht mehr angefochten werden dürfen.

---

## Nr. 171.

**Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855. Außerhalb des Konkurses ist der Schuldner nicht behindert, einen seiner Gläubiger vor den andern zu befriedigen. Bildet jedoch die Leistung des Schuldners kein Aequivalent der Schuld, so unterliegt das Rechtsgeschäft der Anfechtung.**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 20. Februar 1880 in Sachen M., Beklagten, wider P., Kläger. 39/79.)

Die Revision des Beklagten wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Hamm ist für begründet erachtet. In der Entscheidung des Reichsgerichts sind folgende Rechtsgrundsätze ausgesprochen:

Zur Begründung des klägerischen Anspruchs aus den §§ 5 Nr. 2 und 7 Nr. 1 des Gesetzes vom 9. Mai 1855 gehört der Nachweis, daß der Anfechtende, hier also der Kläger, durch das angefochtene Rechtsgeschäft benachtheiligt worden ist. In dieser Beziehung sagt Kläger nur, die Veräußerung sei in der Absicht vorgenommen, ihm die Objekte seiner Befriedigung zu entziehen. Er nimmt also an, daß jedes Rechtsgeschäft eines Schuldners, der in dieser Absicht Vermögensstücke einem Gläubiger hingiebt, der Anfechtung unterliegt. Dieselbe Ansicht theilt auch der Appellationsrichter, wenn er den Verkauf des seinem vollen Werthe nach nicht belasteten Grundstücks an den Gläubiger M. in der Absicht, die übrigen Gläubiger des M. zu bevortheilen, als anfechtbares Rechtsgeschäft bezeichnet. Diese Ansicht muß jedoch als rechtsirrthümlich bezeichnet werden. Außerhalb des Konkurses, also in dem hier vorliegenden Falle, ist der Schuldner nicht behindert, einen seiner Gläubiger vor den anderen zu befriedigen. Die Zahlung an den Gläubiger enthält keine fraus. Der Gläubiger macht sich durch Annahme der ihm verschuldeten Leistung nicht zum particeps fraudis, selbst wenn ihm bekannt ist, daß der Schuldner noch andere und für den Fall des Konkurses besser berechtigte Gläubiger besitzt. Hieran ändert auch nichts, daß die Forderung des befriedigten Gläubigers eine betagte war, oder daß die Zahlung nicht durch Leistung des versprochenen Objekts, sondern durch datio in solutum erfolgte. Nur dann würde eine Benachtheiligung des Anfechtenden vorliegen, wenn die Leistung kein Aequivalent für die Forderung bildet, sondern deren Werth übersteigt. Ein derartiges Rechtsgeschäft ist keine Zahlung und unterliegt deshalb der Anfechtung, mag die Absicht des Schuldners dahin ge-

gangen sein, die übrigen Gläubiger zu bevortheilen (§ 7 Nr. 1 des gedachten Gesetzes), oder gegen den Empfänger freigebig zu sein (§ 5 Nr. 2 das.).

Von diesen durch die preußische Judikatur aus zutreffenden Gründen festgestellten Rechtsgrundsätzen abzugehen, findet das Reichsgericht keine Veranlassung.

Vgl. Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 15 S. 87, Bd. 38 S. 423, Bd. 49 S. 368. Striethorst Archiv Bd. 9 S. 150, Bd. 28 S. 190, Bd. 49 S. 164, Bd. 66 S. 92, Bd. 76 S. 132.

---

## Nr. 172.

**Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855. Eine Veräußerung, welche die Verzögerung in der Befriedigung des Gläubigers zur Folge hat, enthält eine Benachtheiligung des Gläubigers.**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 10. Februar 1880 in Sachen A. L. u. Gen., Beklagte, wider R., Kläger. 74/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Marienwerder ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Der Appellationsrichter erachtet eine Benachtheiligung der Gläubiger im Sinne des § 5 Nr. 3 des Anfechtungsgesetzes vom 9. Mai 1855 (Gesetz-Sammlung S. 429) nicht allein in dem Falle für vorliegend, wenn durch die Veräußerung den Gläubigern der Gegenstand ihrer Befriedigung gänzlich entzogen wird, sondern auch alsdann, wenn die Veräußerung nur eine Verzögerung in der Befriedigung der Gläubiger zur Folge hat. Er läßt es deshalb dahingestellt, ob der Mitbeklagte J. L. bei dem Vertragsabschlusse von der Absicht seines Vaters, durch die Veräußerung dem Kläger das Grundstück als Objekt der Befriedigung zu entziehen, Kenntniß gehabt hat. Dagegen findet er in der von ihm getroffenen Feststellung, daß J. L. damals gewußt habe, daß durch die Veräußerung die Beitreibung der klägerischen Forderung verzögert werden sollte, eine ausreichende Grundlage zur Anwendung des bezeichneten Gesetzes.

Die hiergegen erhobene Beschwerde der Verletzung des § 5 Nr. 3 a. a. O. ist nicht begründet. Unter einem Benachtheiligen, oder wie sich der § 7 Nr. 1 desselben Gesetzes ausdrückt, Bevortheilen der Gläubiger ist jede Verringerung oder Verschlechterung des Ver-

mögenszustandes der Gläubiger, also jede Schädigung oder Beeinträchtigung derselben in vermögensrechtlicher Beziehung zu verstehen. Eine solche Beeinträchtigung tritt aber auch alsdann ein, wenn die Gläubiger durch die von dem Schuldner vorgenommene Rechtshandlung an der ihnen zustehenden Exekutionsvollstreckung, mithin an der sofortigen Beitreibung ihrer Forderungen gehindert werden. Die zeitweise Entziehung des Exekutionsobjekts steht in der rechtlichen Wirkung für die Anfechtungsbefugniß der Gläubiger der gänzlichen Entziehung gleich.

---

## Nr. 173.

**Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855 § 12. Kann der Gläubiger, welcher ein Rechtsgeschäft seines Schuldners mit einem Dritten anficht, für den Fall des Obsieges von dem Dritten die Herausgabe der über das Rechtsgeschäft errichteten Urkunde an ihn — den Gläubiger — verlangen?**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 16. März 1880 in Sachen Sch., Beklagten und Widerklägers, wider das Bankhaus H., Kläger und Widerbeklagten. 73/79.)

Der Widerkläger ist mit seinem Antrage, den Widerbeklagten zur Herausgabe des Cessionsaktes und der Schuldurkunde über die auf Grund des Anfechtungsgesetzes zu seiner Befriedigung zu verwendenden Forderung in beiden Instanzen abgewiesen. Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Hamm ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Der Angriff scheitert daran, daß im § 12 des Gesetzes vom 9. Mai 1855 dem anfechtenden Gläubiger das Rückforderungsrecht nur zu dem Zwecke gegeben ist, damit die in dem Besitze des Dritten, gegen den das Anfechtungsrecht ausgeübt wird, befindliche Sache seinem Exekutionsrechte unterworfen werde. Die Sache soll also zum Vermögen des Schuldners zurückgewährt werden, damit der Besitz des Dritten kein Hinderniß für die vom Gläubiger gegen seinen Schuldner zu extrahirenden Exekutionsmaßregeln bilde. Ein Recht auf Besitz oder Gewahrsam der vom Schuldner weggegebenen Sache aber kann der Gläubiger für sich bloß aus § 12 des Gesetzes nicht herleiten, zumal wenn sich der anfechtende Gläubiger nicht auf exekutive Ueberweisung, sondern nur auf Beschlagnahme des simulirt veräußerten Aktivums stützt (A.G.O. I. 24

§ 101 i. f., I. 29 § 54). — Auch § 42 A.L.R. I. 2, § 387 I. 5, § 395 I. 11, §§ 125, 253 I. 16 sind nicht als verletzt anzusehen. Diese Vorschriften beziehen sich auf die Bedeutung, welche die über die Forderung sprechenden Urkunden für den die Forderung betreffenden Rechtsverkehr haben. Wenn aber die erfolgreiche Ausübung des Anfechtungsrechtes nach § 12 des oben allegirten Gesetzes den Gläubiger gegenüber der Forderung, deren Cession er angefochten hat, nur in die Lage bringt, daß er in Exekutionsanträgen, welche er gegen seinen Schuldner zu richten hat, die Forderung wieder als Objekt der Exekution ansprechen darf, so kann er auf die allegirten Bestimmungen ein nicht durch Exekutionsmaßregeln gegen den Schuldner vermitteltes Recht auf Besitz oder Gewahrsam der Urkunden nicht gründen. Ebensowenig würde eine Begründung des fraglichen Rechts in dem als verletzt bezeichneten Rechtssatze: „derjenige, welcher zur Herausgabe einer Sache oder eines Rechts verpflichtet ist, muß die Sache oder das Recht cum omni causa, insbesondere mit denjenigen Urkunden herausgeben, ohne welche der Empfänger nicht in der Lage ist, über das Recht zu disponiren," — gefunden werden können, wenn der Rechtssatz in der ihm gegebenen Formulirung überall als richtig anzuerkennen wäre.

---

## Nr. 174.

**Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855. Die Haftpflicht des fraudulosen Erwerbers wird dadurch nicht beendigt, daß er die Sache anderweitig veräußert. Besitzt er dieselbe nicht mehr, so ist er zum Ersatz des dem Gläubiger Entzogenen, also zur Erstattung des Erlöses resp. Werthes derselben verpflichtet.**

Gesetz vom 9. Mai 1855 § 5 Nr. 3.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 16. Dezember 1879 in Sachen E. wider H. 104/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten gegen das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Magdeburg ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter hat den Vertrag vom 3. Juli 1877, durch welchen der Beklagte das Haus Stadt Schönebeck Nr. 600 von den A.'schen Eheleuten gekauft hat, auf Grund des § 5 Nr. 3 des Gesetzes vom 9. Mai 1855 (Gesetz-Sammlung 1855 S. 429)

für anfechtbar erachtet, weil, wie er feststellt, der Beklagte der uneheliche Sohn der Frau A. ist, in Bezug auf die Forderung der Klägerin und die Zeit der Anfechtungsklage alle Erfordernisse des allegirten Gesetzes vorhanden sind und der Beklagte die ihm entgegenstehende gesetzliche Vermuthung, daß er um die Absicht der A.'schen Eheleute, ihre Gläubiger zu benachtheiligen, gewußt habe, nicht widerlegt hat. Zur Entschädigung der Klägerin wegen ihrer Forderung an die A.'schen Eheleute hat der Appellationsrichter aber den Beklagten um deswillen für verpflichtet erklärt, weil derselbe durch die Weiterveräußerung des Grundstücks der Klägerin das Objekt ihrer Befriedigung, welches, wie festgestellt sei, zur vollen Deckung der klägerischen Forderung ausgereicht haben würde, entzogen hat.

Implorant rügt die Verletzung des § 5 Nr. 3 des Gesetzes vom 9. Mai 1855 und des A.L.R. I. 15 § 15 mit der Ausführung, daß deren Anwendung durch die Feststellung bedingt gewesen wäre, daß er wirklich zur Zeit des Erwerbes von der Absicht seiner Eltern, ihre Gläubiger zu benachtheiligen, Kenntniß gehabt, sowie daß er bei der Weiterveräußerung arglistig gehandelt habe. Die Beschwerde erscheint nicht begründet.

Der § 5 Nr. 3 des Gesetzes vom 9. Mai 1855 behandelt Veräußerungen, wie die vorliegende, als frauduloſe Rechtshandlungen. Dies ergiebt sich daraus, daß er von dem Erwerber den Nachweis verlangt, daß er von der betrügerischen Absicht des Veräußerers nicht gewußt habe. Also auch dem Erwerber steht die gesetzliche Vermuthung der Fraudulosität entgegen, und deshalb bedurfte es nicht der besonderen Feststellung, daß der Beklagte zur Zeit des Erwerbes des Grundstücks von der Absicht seiner Eltern, ihre Gläubiger zu benachtheiligen, gewußt habe.

Es war aber auch die weitere Feststellung, daß Beklagter nicht bloß Kenner der fraudulosen Absicht seiner Eltern gewesen, sondern selber bei der Weiterveräußerung arglistig gehandelt habe, nicht erforderlich. Wie das Reichs-Oberhandelsgericht Bd. X. S. 248, Bd. XIII. S. 381, Bd. XVII. S. 325, Bd. XXI. S. 419 seiner Entscheidungen — entgegen der Auffassung des preußischen Ober-Tribunals, Striethorst Archiv Bd. 53 S. 307, Bd. 65 S. 274, Bd. 79 S. 130, Bd. 94 S. 130; Entscheidungen Bd. 61 S. 419; Gruchot Beiträge Bd. 18 S. 124 — überzeugend ausgeführt hat,

wird, ebenso wie nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen über die actio Pauliana, auch nach den Grundsätzen der preußischen Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes vom 9. Mai 1855 die Haftpflicht des fraudulosen Erwerbers einer Sache dadurch nicht beendigt, daß er die Sache anderweitig veräußert und sich so aus dem Besitze derselben setzt. Die ihm obliegende Restitution verpflichtet ihn vielmehr zum Ersatze des dem Gläubiger Entzogenen, also zur Erstattung des Erlöses respektive Werths der erworbenen Sache, wenn er sie weiter verkauft hat. Und diese Ersatzpflicht beruht lediglich auf den Grundsätzen der Anfechtungsklage und ist unabhängig davon, ob der Erwerber die Weiterveräußerung in der Absicht bewirkt hat, den Gläubigern die Zurücknahme der Sache selbst zu vereiteln. Das Reichsgericht schließt sich dieser Auffassung an. Darnach ist es aber für die Entscheidung unerheblich, ob der Beklagte die Weiterveräußerung in doloser Absicht vorgenommen hat. Schon als frauduloser Erwerber ist er verpflichtet, den von ihm gemachten unrechtmäßigen Gewinn zur Befriedigung der Klägerin herzugeben, und daß dieser zur vollständigen Deckung der klägerischen Forderung ausreichend ist, hat der Appellationsrichter festgestellt.

---

## Nr. 175.

**Bergrecht. Die Befugnisse des Repräsentanten eines Grubenvorstandes sind nach den Vorschriften über den Vollmachtsauftrag zu beurtheilen.**

Allgem. Berggesetz vom 24. Juni 1865 §§ 128, 119.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 21. Januar 1880 in Sachen v. J., Beklagten, wider die Gewerkschaft Hugo, Klägerin. 3/79.)

Die Revision des Beklagten gegen das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Münster ist für unbegründet erachtet aus folgenden

### Gründen:

Die Beschwerde ist nicht begründet.

Der Einwand der Klägerin ist durchgreifend, daß H. H. allein zur Vertretung derselben nicht befugt gewesen ist. Nach dem oberbergamtlich bestätigten Statut der Klägerin und Inhalts der diesfälligen, einen integrirenden Theil der Statuten bildenden Vereinbarung in der Gewerkenversammlung vom 15. Januar 1874 wird die Klägerin durch einen Grubenvorstand von 5 Mitgliedern vertre-

ten. Diesem liegt nach § 119 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 die Vertretung der Gewerkschaft in allen ihren Angelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich ob. Die durch die Bestellung eines Repräsentanten oder Grubenvorstandes entstehenden Rechtsverhältnisse sind gemäß § 128 a. a. O. nach den allgemeinen Vorschriften über den Vollmachtsvertrag zu beurtheilen, und aus dem hiernach maßgebenden § 207 A.L.R. I. 13 folgt, daß die Klägerin nur dann verpflichtet würde, wenn sämmtliche Mitglieder des Grubenvorstandes für dieselbe aufgetreten wären. Hierüber herrscht in der Rechtsprechung des preußischen Ober-Tribunals und des Reichs-Oberhandelsgerichts und unter den Kommentatoren des Allgemeinen Berggesetzes Uebereinstimmung.

Erkenntniß des preußischen Ober-Tribunals vom 24. April 1871, Brasserts Zeitschrift für Bergrecht Bd. 12 S. 381, 384.
Erkenntniß des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 12. Oktober 1874, Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 14 S. 244.
Oppenhoff, das Allgemeine Berggesetz Nr. 651.
Klostermann, das Allgemeine Berggesetz (3. Ausgabe) Nr. 253.
Klostermann, Lehrbuch des preußischen Bergrechts S. 252.

---

## Nr. 176.

**Aktiengesellschaften sind als Handelsgesellschaften anzusehen. Die von ihnen abgeschlossenen Verträge gehören deshalb zu den Handelsgeschäften.**

Reichs-Ges. vom 11. Juni 1870 § 1 Art. 5, Art. 208. H.G.B. Art. 273, 275.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 20. März 1880 in Sachen des Grubendirektors E., Beklagten und Revidenten, wider die Aktiengesellschaft für Rheinisch-Westphälische Industrie in Köln, Klägerin und Revisin. 48/80.)

Die Klägerin behauptet, dem Beklagten 20 Kuxantheile der Zeche L. verkauft zu haben, und fordert das Kaufgeld. Ein schriftlicher Vertrag ist über den Kauf nicht errichtet. Der hierauf gestützte Einwand des Beklagten ist vom Appellationsrichter — dem vormaligen preuß. Appell.-Gericht zu Hamm — verworfen. Auf Revision des Beklagten hat das Reichsgericht das zweite Urtheil bestätigt. Hinsichtlich des gedachten Einwandes lauten die

### Gründe:

Der Appellationsrichter nimmt mit Recht an, daß der streitige Kaufvertrag der schriftlichen Form nicht bedurft habe, weil die Klä-

gerin als Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs anzusehen sei, und daher der unter den Parteien geschlossene Vertrag zu den Handelsgeschäften zu zählen sei. Nach dem Gesetze, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 11. Juni 1870 (§ 1 Artikel 5, Artikel 208) sind die Aktiengesellschaften als Handelsgesellschaften anzusehen, auch wenn der Gegenstand ihres Unternehmens in Handelsgeschäften nicht besteht, und gelten die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen in gleicher Weise für die Handelsgesellschaften.

Alle Geschäfte einer Aktiengesellschaft müssen daher nach Artikel 273 als Handelsgeschäfte angesehen werden, so weit sie überhaupt nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs zu solchen gerechnet werden können (vgl. Artikel 275); ohne daß etwas darauf ankommt, ob der Gegenstand des Unternehmens der Gesellschaft ein Handelsgewerbe bildet oder nicht; denn alle Geschäfte einer Aktiengesellschaft gehören zu ihrem Geschäftsbetrieb, und dieser gilt an sich als Handelsgewerbe. In dem vorliegenden Falle betrifft der streitige Kauf Kuxe, welche nach § 101 des preußischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 die Eigenschaft beweglicher Sachen haben; es handelt sich also nicht um einen solchen Vertrag, welcher nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs kein Handelsgeschäft sein kann (vgl. Erkenntniß des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 6. September 1877 in Seuffert, Archiv Bd. 34 Nr. 57).

---

## Nr. 177.

**Ist der Anspruch eines aus einer Genossenschaft ausgeschiedenen Mitglieds auf Zahlung seines Stamm-Antheils bereits fällig geworden, so kann die Forderung desselben dadurch, daß die Gesellschaft ihre Liquidation beschließt, nicht abgewendet werden.**

Genossenschafts-Gesetz vom 4. Juli 1868 § 39 (B.G.Bl. S. 415).

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 7. Februar 1880 in Sachen H. wider den Vorschußverein zu J. 51/80.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Breslau ist für begründet erachtet, und das erste, den Vorschußverein zur Zahlung verurtheilende Erkenntniß bestätigt aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter stellt fest, daß der Stammantheil des

Klägers, welchen dieser bei dem verklagten Verein erworben hatte, statutenmäßig ein Jahr nach dem am 1. April 1876 erfolgten Austritt des Klägers, also am 1. April 1877 fällig geworden war. Der Appellationsrichter weist aber trotzdem den Kläger mit seiner Klage auf Zahlung des Stammantheils nebst Verzugszinsen seit dem letztgenannten Tage ab, weil der verklagte Verein nach dem Fälligkeitstermine in Liquidation getreten ist. Mit Recht macht die Nichtigkeitsbeschwerde geltend, daß der Appellationsrichter dadurch den § 39 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 verletze. Im dritten Absatz dieses Paragraphen ist den Genossenschaften das Recht gegeben, sich durch Auflösung und Liquidation gegen die Verpflichtung zu schützen, an einen ausgetretenen Genossenschafter binnen drei Monaten, bezüglich binnen der statutenmäßig anders bestimmten Frist den demselben gebührenden Geschäftsantheil auszuzahlen. Nach richtiger Auslegung dieser Gesetzesstelle ist die Ausübung dieses Rechtes aber keine der Zeit nach unbeschränkte; unterbleibt sie bis zum Eintritt des gesetzlich oder statutenmäßig bestimmten Zahlungstermines, so kann der fällig gewordene Anspruch des ausgeschiedenen Genossenschafters nicht mehr dadurch abgewendet werden. Diese bereits in dem Erkenntnisse des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 8. September 1879 (Entsch. Bd. 25 S. 240 ff.) vertretene Auffassung ergiebt sich aus der Erwägung, daß die in Rede stehende Gesetzesvorschrift eine Beschränkung der aus der Mitgliedschaft herzuleitenden Rechte enthält und deshalb einer engen Auslegung zu Gunsten des ausgetretenen Mitgliedes unterliegen muß.

War hiernach die Vernichtung des angegriffenen Erkenntnisses geboten, so mußte in der Sache selbst das erste verurtheilende Erkenntniß bestätigt werden.

Parteien sind darüber einverstanden, daß die Forderung des Klägers statutenmäßig am 1. April 1877 fällig geworden ist. Abgesehen von dem bereits erörterten Einwande der Liquidation, hält sich aber der Verklagte deshalb nicht zur Zahlung verpflichtet, weil nach den Beschlüssen der Generalversammlungen vom Oktober 1877 und April 1878 beschlossen worden sei, die Stammantheilsguthaben zur Deckung des aus der Bilanz für den 31. Dezember 1877 sich ergebenden Defizits abzuschreiben, eines Defizits, welches bereits zu Anfang des Jahres 1877 vorhanden gewesen sei. Auch diese Einrede scheitert, abgesehen von den anderen Zweifeln gegen deren Er-

heblichkeit, an der erwähnten Bestimmung des 3. Absatzes des zit. § 39. Die Genossenschaft kann sich gegen die Verpflichtung, einem ausgeschiedenen Genossenschafter den buchmäßigen Geschäftsantheil herauszuzahlen, nur durch den Beschluß der Auflösung und Liquidation schützen.

Mit Rücksicht auf die am 1. April 1876 erfolgte Kündigung des Klägers war es die Bilanz für 31. Dezember 1876, an welche sich bezüglich der Frage, ob Zahlung, ob Liquidation bis zum 1. April 1877, die Entscheidung knüpfen mußte. Alles Spätere ist für den Anspruch des Klägers ohne Bedeutung.

---

## Nr. 178.

**Dem Gewerbegehülfen steht, auch wenn er durch Krankheit an der Erfüllung seines Dienstes behindert wird, der Anspruch auf sein Gehalt so lange zu, bis er entlassen ist.**

R.-Gewerbe-Ordnung vom 21. Juni 1869 §§ 107, 105, 111.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 13. März 1880 in Sachen des Fabrikbesitzers Th., Beklagten, wider die H.'schen Erben, Kläger. 68/80.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Bromberg ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Der Appellationsrichter geht von den unangefochtenen Voraussetzungen aus, daß H., der Erblasser der Kläger, von dem Beklagten zur Leitung der Syrupbereitung in des letzteren Fabrik seit 1. Mai 1875 auf drei Jahre gegen freie Wohnung, Heizung und Beleuchtung und ein Monatsgehalt von 250 M. angenommen war und diesem Geschäfte bis zu seiner im Dezember 1877 eingetretenen Erkrankung und dadurch hervorgerufenen Arbeitsunfähigkeit vorgestanden hat; daß danach H., sei er als Arbeiter oder als Werkmeister in die Fabrik eingetreten, als Gewerbegehülfe anzusehen war, und daß endlich der Beklagte bis zu dem am 11. März 1878 erfolgten Tode des H. von seiner Befugniß, letzteren zu entlassen — §§ 111, 127 der Gewerbe-Ordnung vom 21. Juni 1869, — oder von dem Vertrage zurückzutreten — §§ 136 a. a. O., A.L.R. I. 11 §§ 920, 908, 909 — keinen Gebrauch gemacht. Er folgert hieraus, daß Kläger Erfüllung des Vertrages durch Gewährung des rückständigen

Gehalts, und zwar in dem Falle, daß H. als Werkmeister anzusehen war, als eine demselben für die Krankheitszeit nach § 908 a. a. O. zustehende billige Vergütung, zu fordern berechtigt seien.

Dem gegenüber rügt die Beschwerde Verletzung der §§ 105, 107, 111 Nr. 6, des Schlußalinea das. der Gewerbe-Ordnung mit der Ausführung, daß der klägerische Erblasser die Folgen des in seiner Krankheit bestehenden Zufalls selbst zu tragen gehabt habe, und daß er die Gegenleistung an Gehalt nicht fordern durfte, bevor er die übernommenen Dienste nicht vorgeleistet hatte, seine Stellung als Gewerbegehülfe aber eine Ausnahme von diesem Grundsatze nicht begründe.

Dieser Angriff trifft die aus der Stellung des H. als Fabrik-Werkmeisters gezogenen Folgerungen nicht. Denn für diesen Fall finden nach der für den Streit noch maßgebenden Vorschrift des § 126 der Gewerbe-Ordnung vom 21. Juni 1869 (Reichsgesetz vom 17. Juli 1878 Artikel 3) die bisherigen Gesetze, und nicht die Vorschriften der §§ 105, 107, 111 a. a. O. Anwendung, und wenn der Richter aus diesen Gesetzen — A.L.R. I. 11 §§ 909, 920, 924 — die rechtliche Folgerung ableitet, daß dem H. für die Zeit seiner Krankheit und Arbeitsunfähigkeit der gewöhnliche Lohn und damit sein Gehalt gebühre, weil Beklagter bei dem Vertrage stehen geblieben ist, eine unrichtige Anwendung dieser Gesetze aber gar nicht gerügt ist, so kann auch nicht von einer Verletzung der §§ 270, 271 des A.L.R. I. 5 die Rede sein, weil H., resp. dessen Erben, von dem Nachweise, sein Geschäft auch während seiner Arbeitsunfähigkeit betrieben zu haben, unter den obwaltenden Umständen durch Spezialvorschriften entbunden und der Gehaltsanspruch davon nicht abhängig war.

Was dagegen die rechtliche Stellung des H. als einfacher Gewerbegehülfe dem Beklagten gegenüber betrifft, so sind für dieselben allerdings die Vorschriften der Gewerbe-Ordnung Titel VII. maßgebend. Nach diesen, und insbesondere nach §§ 107, 105, 111 das. blieb aber das dreijährige Vertragsverhältniß der Parteien unbedenklich in Kraft, sofern der Beklagte den H. nicht aus Anlaß der Krankheit desselben des Dienstes entließ, und letzterer behielt demgemäß auch des Hindernisses in seiner Dienstthätigkeit ungeachtet den Anspruch auf das ausgesetzte Gehalt. Das Schlußalinea des § 111 spricht nur eine Folge der erfolgten Entlassung aus.

## Nr. 179.

**Stempel, welche als Gerichtskosten zu verrechnen sind, verjähren in vier Jahren.**

**G. vom 10. Mai 1851 §§ 16, 4—6.**

**(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 5. Januar 1880 in Sachen F. wider Fiskus. 99/79.)**

Der Fiskus hat die Regreßklage gegen den Beklagten F. angestellt, weil durch dessen Schuld die rechtzeitige Einziehung eines als Gerichtskosten zu verrechnenden Stempels versäumt, und die Nachforderung desselben von dem Verpflichteten durch Eintritt der vierjährigen Verjährung ausgeschlossen sei. Der App.-Richter (das frühere ostpreuß. Tribunal zu Königsberg) verurtheilte den Beklagten nach dem Klageantrage. Er nahm an, daß die Bestimmung des § 2 des G. vom 31. März 1838 über die Verjährung von Werthstempeln, welche mehr als 1 % betragen oder zu Verträgen und Schuldverschreibungen zu verwenden sind, durch § 16 des G. vom 10. Mai 1851 abgeändert sei. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten rügt Verletzung des letztgedachten Gesetzes, weil Stempel und Gerichtskosten nur in Betreff der geschäftsmäßigen Behandlung gleichgestellt seien.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Nach der Behauptung des klagenden Fiskus sind demselben M. 227,50 Stempel, welche B. von einem Immobiliarkauf vom 2. September 1863 zu entrichten hatte, dadurch verloren gegangen, daß dieselben durch Schuld des Verklagten dem B. oder dessen Rechtsnachfolger H. nicht in Rechnung gestellt sind, und der Verklagte ist auch durch Erkenntniß des ostpreußischen Tribunals nach dem Klageantrage verurtheilt worden:

> an Kläger M. 227,50 nebst 5 % Zinsen seit dem 26. März 1878 zu zahlen.

Gegen dieses Erkenntniß hat der Verklagte Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt, weil das den Kläger abweisende Erkenntniß erster Instanz abgeändert ist. Die Beschwerde erscheint jedoch nicht begründet.

Denn wenn auch diejenige Bestimmung des § 16 des Gesetzes, betreffend den Ansatz und die Erhebung der Gerichtskosten vom 10. Mai 1851, wonach die Stempelbeträge, deren Erhebung der Tarif noch beibehält, wie Gerichtskosten verrechnet, auch in allen übrigen

Beziehungen als Gerichtskosten behandelt werden sollen, ein Bedenken dagegen übrig lassen sollte, sie auch in Bezug auf die Verjährung als Gerichtskosten zu behandeln, so wird dies doch völlig klar aus der hinzugefügten Bestimmung:

„insbesondere in den Fällen §§ 4—6".

Denn der § 5 bestimmt, daß wenn eine arme Partei später zu bessern Vermögens-Umständen gelangt, die niedergeschlagenen oder außer Ansatz gebliebenen Kosten innerhalb der vierjährigen Verjährungsfrist (Gesetz vom 31. März 1838) nachgefordert werden können.

Muß man diese Bestimmung gemäß § 16 auch auf diejenigen Stempelbeträge beziehen, welche wie Gerichtskosten verrechnet und behandelt werden, so folgt daraus e contrario, daß dieselben nach Ablauf der vierjährigen Verjährungsfrist nicht mehr nachgefordert werden können, und zwar, wie selbstverständlich ist, weil sie verjährt sind.

Es ist hiernach die Rüge der Verletzung der oben angegebenen Bestimmungen des Gesetzes vom 10. Mai 1851 nicht begründet.

---

## Nr. 180.

**Der Werkverdingungsvertrag unterliegt nur dem allgemeinen Vertragsstempel. Die Zerlegung eines einheitlichen Vertrages in die Einzel-Funktionen des Geschäfts im Stempelinteresse ist unzulässig. Inwiefern tritt Stempelpflichtigkeit beim Abschlusse des Vertrages durch Korrespondenz ein?**

Stempelgesetz vom 7. März 1822 § 12 und Tarifposition „Lieferungsverträge".

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 26. Januar 1880 in Sachen Fiskus wider Berlin-Stettiner Eisenbahn. 91/79.)

Zwischen der Berlin-Stettiner Eisenbahn und der Handlung L. N. u. Co. ist durch Korrespondenz ein Vertrag über Lieferung von Eisenbahnschienen geschlossen. Der Steuerfiskus hat hierfür den Lieferungsstempel angesetzt. Die Eisenbahn klagt auf Rückzahlung des von ihr vorläufig berichtigten Betrages. In beiden Vorinstanzen ist nach dem Antrage der Klägerin erkannt. Die von dem Beklagten gegen das Urtheil des frühern preußischen Appellationsgerichts zu Stettin eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Wenn der Appellationsrichter von der Ansicht ausgeht, daß zu

dem rechtlichen Wesen des Werkverdingungsvertrages die „Anfertigung“ „Herstellung“ der Sache oder des Werkes gehören, so irrt er nicht — wie die Nichtigkeitsbeschwerde ihm vorwirft — rechtsgrundsätzlich, sondern er folgt vielmehr dem Gesetze, der Wissenschaft und der Rechtsprechung, welche — in voller Uebereinstimmung — jenes thatsächliche Moment gerade als ein karakteristisches Merkmal des Werkverdingungsvertrages bezeichnen. Auch die „Selbstverfertigung“ bildet die Regel, indem die Ausführung durch einen Anderen nur mit Willen des Bestellers erfolgen kann. A.L.R. I. 11 §§ 925 bis 929. Die Fungibilität oder Individualität des Vertragsgegenstandes ist weder für den Werkverdingungs-, noch für den Lieferungsvertrag ein unterscheidendes Moment. Die Natur des Rechtsgeschäfts — wie die Nichtigkeitsbeschwerde rügt — hat der Appellationsrichter daher nicht verkannt (Nr. 9 Instruktion vom 7. April 1839). Damit zerfällt, nach dieser Richtung hin, auch der aus den Positionen des Tarifes zu dem preußischen Stempelgesetze vom 7. März 1822 hergeleitete Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde in sich selbst.

Auch hat der Appellationsrichter im Sinne der Nr. 1 der allgemeinen Vorschriften beim Gebrauche des Tarifs zu dem erwähnten Stempelgesetze und der Stempelpositionen „Lieferungs- und Kaufverträge“ nicht rechtsgrundsätzlich gefehlt, wenn er eine Zerlegung des hier in Frage stehenden Werkverdingungsvertrages, im Interesse der Stempelsteuer, nach Arbeit und Material, als unzulässig abgelehnt hat. Denn der Werkverdingungsvertrag bildet an sich, nach dem System des preußischen Allgemeinen Landrechts, ein einheitliches, den Schwerpunkt in die Herstellung des aufgetragenen Werkes verlegendes Geschäft, für dessen karakteristische Rechtsnatur es gleichgiltig ist, ob die Materialien zu dem Werke von dem Werkmeister oder dem Besteller gegeben worden sind. Es kann zugegeben werden, daß in einem Vertrage das zu verarbeitende Material als solches derartig in den Vordergrund tritt, daß sich dadurch ein Rechtsgeschäft von gemischtem Karakter konstruirt. Der Vertragswille ist aber regelmäßig in einem Werkverdingungsvertrage nicht auf die Lieferung der Materialien, sondern des fertigen Werkes gerichtet, und die verwendeten Materialien verlieren dann durch die Verarbeitung wie ihre äußere Form, so ihre substanzielle Bedeutung.

Ein dahin gerichteter Wille der Kontrahenten besteht unverkennbar in dem vorliegenden Falle, in welchem eine bedeutende Fabri-

kationsstätte Eisenbahnschienen in sehr erheblichem Umfange, nach streng gegebenen Vorschriften für Material, Konstruktion und Fabrikationsweise, mit besonders garantirter Vertretungspflicht — unter dem Einflusse besonderer Kontrolle seitens des Bestellers — anzufertigen übernommen und in ihrer Fabrik auch angefertigt hat. Bei einem so — einheitlich — gearteten Geschäfte ist eine Zerlegung desselben im Sinne der Nichtigkeitsbeschwerde, nach Material und Arbeit, nicht gestattet. Die Nr. 1 der allgemeinen Vorschriften zu dem Stempeltarife ist für diese Frage ohne alle Bedeutung. Denn wenn dieselbe die Stempelpflichtigkeit eines Geschäftes aufrecht erhält, auch wenn letzteres in Verbindung mit anderen stempelpflichtigen Geschäften in einer Verhandlung beurkundet worden ist, so ist damit nicht die Zerlegung eines einheitlichen Rechtsbegriffes in Einzel-Funktionen des Geschäfts angeordnet, sondern nur bestimmt worden, daß die nach Rechtsbegriffen gesonderten, aber in einer und derselben Verhandlung beurkundeten Geschäfte je nach ihrer Stempelpflichtigkeit besteuert werden sollen. Mit der Feststellung von Rechtsbegriffen hat es die Nr. 1 a. a. O. überhaupt nicht zu thun; wenn sie von „Geschäften" spricht, so meint sie Geschäfte im Rechtsbegriffe, wie ihn das bürgerliche Gesetz aufstellt. In diesem Sinne hat das preußische Ober-Tribunal auch die Zerlegung eines einheitlichen Rechtsgeschäftes verneint. Entscheidungen Bd. 78, 251. Hoyer, preußische Stempelgesetzgebung (2. Auflage) S. 311, 312. Vgl. v. Kräwel in Gruchot Beiträge Bd. 20, 811. Der Appellationsrichter, indem er sich dieser Ansicht anschließt, hat daher die allegirte Nr. 1 nicht verletzt. Die Berufung der Nichtigkeitsbeschwerde auf die Positionen des Stempeltarifes hat aber keine selbständige Bedeutung. Wesentlich von gleicher Anschauung ist auch der zweite Richter in einer — allerdings etwas kurz gefaßten — Begründung der getroffenen Entscheidung ausgegangen.

Endlich ist auch der Vorwurf nicht begründet, welchen die Nichtigkeitsbeschwerde bezüglich des zwischen der Klägerin und dem Aktienvereine G.-H. abgeschlossenen Vertrages erhebt. Der Appellationsrichter stellt die Existenz dieses Vertrages als durch Korrespondenz geschlossen fest, verneint aber, daß in dem Schriftwechsel eine Vertragsurkunde dargestellt werde. Durch diese Annahme kann der Appellationsrichter füglich nicht gegen die Nr. 9 der Instruktion vom 7. April 1839 gefehlt, d. h. nicht die rechtliche Natur des Geschäftes

verkannt haben, denn ein Vertragsverhältniß — auf Grund des Schriftwechsels — nimmt er als bestehend an. Wenn man aber die formale Existenz einer Vertragsurkunde als zur Natur und zum wesentlichen Karakter eines Rechtsgeschäftes gehörig ansehen wollte, so stellt der Appellationsrichter fest, daß die vorgelegte Korrespondenz den Vertragswillen nicht in einheitlicher Selbständigkeit fixirt, sondern in getrennten brieflichen Erklärungen über Anbieten und Annahme die Einwilligung der Kontrahenten über die Bedingungen des einzugehenden Geschäftes konstatirt. Der Vertragswille, ob und wie er zu Stande gekommen ist, kann daher nur durch ein Zusammenhalten dieser verschiedenen, getrennt von einander bestehenden, nur durch die Einheit des Gedankens verbundenen Schriftstücke festgestellt werden. Auf solche Weise läßt sich wohl der Wille der Kontrahenten und die Perfektion eines Vertrages erkennen, nicht aber eine geschlossene, räumlich abgegrenzte, in sich selbständige Vertragsurkunde herstellen. Der Appellationsrichter hat daher auch nach dieser Richtung hin nicht gefehlt. Die von der Nichtigkeitsbeschwerde in Bezug genommenen Vorschriften aus dem preußischen Stempelgesetze § 12 und die Positionen von „Kauf- und Lieferungsverträgen“, sowie die Allerhöchste Kabinets-Ordre vom 16. Januar 1840 (Gesetz-Samml. S. 18) geben über den Begriff und die Existenz einer Vertragsurkunde keinen Anhalt.

---

## Nr. 181.

**Bei einem Austausch von Fideikommiß-Vermögen gegen freies Vermögen ist derjenige Betrag, um welchen das einverleibte Vermögen das veräußerte an Werth übersteigt, dem Fideikommißstempel unterworfen.**

Stempelgesetz vom 7. März 1822 § 4 lit. e. und f. A.K.O. vom 18. Juli 1845.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 12. Januar 1880 in Sachen Fürst v. P. wider Steuer-Fiskus. 52/79.)

Das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Breslau ist auf die Revision des Klägers bestätigt aus folgenden

### Gründen:

In der Sache hat der Appellationsrichter mit Recht angenommen, daß die Vergrößerung eines bestehenden Fideikommisses durch Inkorporirung allodialen Vermögens dem Fideikommißstempel unterliegt. Daß der Tarif zum Stempelgesetz vom 7. März 1822 und die

Allerhöchste Kabinets-Ordre vom 18. Juli 1845 sich des Ausdrucks „Fideikommißstiftungen“ bedienen, berechtigt nicht zu der Folgerung, nur die ursprüngliche Stiftung eines Fideikommisses, nicht eine später erfolgende Vergrößerung eines bestehenden Fideikommisses durch Einverleibung allodialen Vermögens unterliege dem Fideikommißstempel. Beide Fälle sind darin gleichartig, daß freies Vermögen in Fideikommißvermögen umgewandelt wird. Der Akt, durch welchen dies geschieht, fällt in beiden Fällen unter denselben rechtlichen Gesichtspunkt und es fehlt an jedem zutreffenden Grunde, ihn in Bezug auf die Stempelpflichtigkeit in dem einen Falle anders zu behandeln, als in dem anderen. Es ist daher anzunehmen, daß der Tarif zum Stempelgesetz und die Allerhöchste Kabinets-Ordre vom 18. Juli 1845 unter dem Ausdruck „Stiftung und Bestätigung eines Fideikommisses“ jeden Akt verstehen, durch welchen freies Vermögen in Fideikommißvermögen umgewandelt wird.

Geschieht, wie im vorliegenden Falle, die Umwandlung freien Vermögens in Fideikommißvermögen dadurch, daß Fideikommißvermögen veräußert und dagegen freies Vermögen dem Fideikommiß einverleibt wird, so liegt eine Vergrößerung der Substanz des Fideikommisses nur insoweit vor, als das einverleibte Vermögen das veräußerte Vermögen an Werth übersteigt. Nur von diesem übersteigenden Werthe beansprucht Verklagter den Fideikommißstempel.

Die hiergegen vom Kläger erhobenen Einwendungen hat der Appellationsrichter mit Recht verworfen.

---

## Nr. 182.

**Verhandlungen über die Theilung einzelner Nachlaßstücke sind nicht dem Erbrezeßstempel unterworfen.**

Stempelgesetz vom 7. März 1822. Tarifposition: Erbrezesse.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 5. Februar 1880 in Sachen Steuerfiskus wider W. 205/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Steuerfiskus wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Posen ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Der zweite Richter hat die „Erbtheilungsakt“ überschriebene Urkunde vom 19./22. September 1877, worin die Kläger, als Erben

ihrer Mutter, ein Nachlaßkapital von 6000 M. unter sich dahin, daß Jedem von ihnen die Hälfte mit 3000 M. gehören soll, getheilt haben, aus zwei selbständigen Gründen weder dem Erbrezeß- oder Erbtheilungsrezeßstempel von 6 M. noch dem doppelten Cessionsstempel mit je 1 M. 50 Pf. für unterworfen erklärt, nämlich 1. weil sie sich lediglich und ausdrücklich nur über einen einzelnen Nachlaßgegenstand verhalte und keinen Erbauseinandersetzungsrezeß über die Theilung des Nachlasses als eines Inbegriffs von Rechten darstelle, und 2. weil nach der K.O. vom 21. Juni 1844 die zwischen Theilnehmern an einer Erbschaft zum Zwecke der Theilung der dazu gehörigen Gegenstände abgeschlossenen Verhandlungen stempelfrei seien.

Von den Angriffen der Nichtigkeitsbeschwerde gegen beide Gründe sind die gegen den ersten verfehlt, daß dadurch die Position „Erbrezesse" im Tarif zum Stempelgesetz vom 7. März 1822 und der Rechtsgrundsatz:

> „die Verpflichtung zur Entrichtung eines Urkundenstempels bestimmt sich lediglich nach dem äußerlich erkennbaren Inhalt der Urkunde, nicht nach bloß außerhalb desselben liegenden Momenten"

verletzt worden sei.

In der gedachten Position sind „Erbrezesse oder Erbtheilungsrezesse, wenn dadurch die Vertheilung einer stempelfreien Erbschaft ausgesprochen wird", für stempelpflichtig erklärt. Mit Recht folgert der zweite Richter hieraus, daß Verhandlungen der Erben, die keinen Erbtheilungsrezeß über die Erbschaft, sondern nur die Theilung eines einzelnen Nachlaßstückes enthalten, dem Stempel nicht unterworfen sind. Er nimmt nach dem Inhalt der fraglichen Urkunde diesen Fall für vorliegend an, und seine dabei getroffene, auf Auslegung derselben beruhende thatsächliche Feststellung, die prozessualisch nicht angefochten ist, läßt seine Annahme mit dem aufgestellten Rechtsgrundsatz im Einklang erscheinen. Kann aber ein Erbrezeßstempel schon um deswillen, weil keine Erbschaftstheilung vorliegt, nicht gefordert werden, so kommt es auf dessen auch noch aus der K.O. vom 21. Juni 1844 entnommene Ablehnung und den hiergegen gerichteten Angriff nicht weiter an.

Wenn der zweite Richter sodann auch keinen Cessionsstempel für erforderlich hält, weil es sich um eine stempelfreie Theilung eines

einzelnen Nachlaßgegenstandes handelt, so hat er sich der gerügten Verletzung der Position „Cessions-Instrumente" im Tarif zum Allgemeinen Stempelgesetz nicht schuldig gemacht.

---

## Nr. 183.

**Erbschaftssteuer. Von der steuerpflichtigen Masse dürfen nur diejenigen Schulden und Legate abgezogen werden, zu deren Bezahlung der Erbe rechtlich verpflichtet ist.**

Gesetz über die Erbschaftssteuer vom 30. Mai 1873 § 5.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 11. Dezember 1879 in Sachen Fiskus wider v. B. 68/79.)

Die wegen mehrerer Gesetzesverletzungen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde des Fiskus gegen das Erkenntniß des früheren ostpreuß. Tribunals zu Königsberg ist in einem Punkte für begründet erachtet aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter hat den Verklagten zur Zurückzahlung eines weiteren Betrages an Erbschaftssteuer von 846 Mk. 20 Pf. verurtheilt, falls Kläger einen Ignoranzeid darüber schwört, daß der Erblasser die auf einem eingereichten rothen Zettel enthaltenen Vermerke eigenhändig geschrieben und den Baumeister M. beauftragt hat, diesen Zettel dem Kläger mit der Bitte zu übergeben, darnach die Legate auszuführen.

Die Beschwerde des Imploranten gegen diesen Theil der Entscheidung erscheint begründet.

Nach § 5 des Gesetzes betreffend die Erbschaftssteuer vom 30. Mai 1873 kommen von der steuerpflichtigen Masse in Abzug alle Schulden und Lasten, welche mit und wegen derselben übernommen sind. Hierzu kann man nur diejenigen zählen, welche zu übernehmen der Erbe rechtlich verpflichtet ist, also von den Legaten nur diejenigen, zu deren Entrichtung er vermöge des Erbschaftsantritts gesetzlich verpflichtet wird. Gesetzlich wird er aber nur zu solchen Legaten verpflichtet, welche in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form angeordnet sind.

Dagegen gehört hierher nicht eine Zahlung, zu welcher der Erbe sich lediglich deshalb entschließt, weil er weiß, daß der Erblasser sie gewollt hat, und weil er, diesen Willen zu erfüllen, sich moralisch

für verpflichtet hält. Verpflichtet der Erbe sich zu solcher Zahlung, so hat diese Verpflichtung ihren Grund nicht in dem Antritt der Erbschaft, sondern in einem außerhalb desselben liegenden Willensentschluß des Erben, in einem Rechtsgeschäft zwischen ihm und dem Empfänger. Die Erbeinsetzung und der dem Erben bekannte Wille des Erblassers können Motive für die Uebernahme solcher Verpflichtung sein; sie sind aber nicht Entstehungsgrund (causa) derselben. Der Erbe entschlägt sich freiwillig einer Bereicherung, welche ihm durch den Anfall und Erwerb der Erbschaft bereits zugekommen war. Dadurch wird der Betrag der ursprünglichen Bereicherung nicht vermindert, denn der Erbe hat eine solche Last, da sie rechtlich nicht zu der steuerpflichtigen Masse gehört, nicht mit derselben übernommen.

Der Appellationsrichter sagt:

> Der Erbe allein habe sich zu entscheiden, ob er ein formell nicht zu Recht bestehendes, aber vom Erblasser angeordnetes Legat anerkennen wolle oder nicht. Wähle er das erstere, so werde dadurch der Vermögenszuwachs ein geringerer.

Er legt also einer formell ungültigen letztwilligen Verfügung eine gewisse Wirkung bei. Eine solche Wirkung kennt aber das Gesetz nur in dem Falle, wenn der Erbe aus solcher Verfügung irrthümlich eine Zahlung geleistet hat (A.L.R. I. 16 § 184). Indessen Zahlung aus Irrthum behauptet Kläger nicht. Auch berührt diese Wirkung der formell ungültigen letztwilligen Verfügung nur das Verhältniß zwischen dem Zahlenden und dem Empfänger; der zahlende Erbe hat auch in solchem Falle die ihm durch den Erbanfall bereits gewordene Bereicherung durch eigene Rechtshandlung (freiwillige Zahlung der Nichtschuld) nachträglich vermindert, aber man kann nicht sagen, er sei, weil er die Nichtschuld bezahlt hat, durch den Erbanfall um so viel weniger bereichert. Es wäre in sich widersprechend, wenn man solche Nichtschuld zu den Schulden und Lasten, welche mit und wegen der Erbschaft übernommen sind, rechnen wollte.

Durch den dem Kläger auferlegten Eid wird auch nicht ein Kodizill, welches auf den 20. Theil des Nachlasses gültig ist (nämlich in den Formen des A.L.R. I. 12 §§ 161, 162, 172), festgestellt; der Appellationsrichter verletzt den § 5 des Erbschaftssteuergesetzes und die Position D. im Tarif zu diesem Gesetz, indem er den Be-

trag dieser Vermächtnisse der Steuer von 8 Prozent nicht unterwirft, ohne die Voraussetzungen einer Ausnahme von diesem als Regel hingestellten Steuersatze festzustellen, und dies führt zur Vernichtung dieses das Objekt von 840 Mk. 20 Pf. betreffenden Theils seiner Entscheidung.

---

## Nr. 184.

**Res judicata. Identität des Rechtsverhältnisses. Berücksichtigung der Entscheidungsgründe behufs Auslegung des Tenors.**

A.G.O. Einl. §§ 65, 66, I. 13 § 38.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 19. Dezember 1879 in Sachen L. wider P. 64/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Hamm ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Klägerin beansprucht vom Beklagten die Auflassung eines früher ihr gehörigen Kottens, weil Verklagter den Kotten in der Subhastation vom 29. Mai 1875 erstanden habe, nachdem er fünf Tage vorher der Klägerin auf deren Frage, ob er ihr den Kotten in der Subhastation wiederkaufen wolle, bejahend erwidert habe. Vom Beklagten ist die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache erhoben worden. Der Appellationsrichter hat das den Anspruch zurückweisende erste Erkenntniß um deshalb bestätigt, weil das jetzige Fundament identisch sei mit der von Klägerin im Vorprozesse P. wider L. 1341, 1875 gegen die Räumungsklage des jetzigen Beklagten erhobenen Einrede, über welche durch Erkenntniß vom 4. September 1876 rechtskräftig zu Ungunsten der Klägerin erkannt sei.

Gegen dieses Erkenntniß hat Klägerin die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt, weil in dem Tenor des Vorerkenntnisses vom 4. September 1876 über den jetzt erhobenen Anspruch nicht entschieden ist, die Gründe aber der Rechtskraft nicht fähig sein sollen. Sie will auch in der Appellationsrechtfertigung zutreffend ausgeführt haben, daß nicht eadem res vorliege, da das Fundament der jetzigen Klage von dem früheren Einwande erheblich abweiche.

Die Beschwerde ist unbegründet.

In dem Vorprozesse, in welchem das Erkenntniß vom 4. September 1876 ergangen ist, hatte der jetzige Beklagte Verurtheilung

der jetzigen Klägerin zur Räumung des streitigen Kottens verlangt. Von der jetzigen Klägerin wurde damals eingewendet:

> Der Kotten wurde am 29. Mai 1875 gegen die beklagte Ehefrau in nothwendiger Subhastation versteigert. In jenem Termine erklärte sich der Kläger auf Ersuchen seiner Schwester, der Subhastatin, bereit, den Kotten für die Summe, welche zur Befriedigung der Extrahentin und alleinigen Hypothekengläubigerin, Wittwe X., und zur Deckung der Kosten erforderlich war, für die Beklagte wieder anzukaufen, wogegen diese sich verpflichtete, den Kaufpreis nebst Zinsen zu bezahlen.

Der damalige Richter erster Instanz hat diese Einrede für unerheblich erachtet und die damalige Beklagte zur Räumung verurtheilt. Der Appellationsrichter im Vorprozesse hingegen hat Beweis über die Einrede erhoben und dann durch das angezogene Erkenntniß vom 26. September 1876 das erste Erkenntniß bestätigt. In den Gründen wird von ihm ausgeführt:

> Die Beklagten behaupten zunächst, sie seien durch das Gebot des Klägers im Lizitationstermine vom 29. Mai 1879 Eigenthümer geworden, denn der Kläger habe von ihnen den Auftrag erhalten und angenommen, auf den Kotten für sie zu bieten. Wäre diese Behauptung der Beklagten richtig, so wäre der Kläger als Mandatar verpflichtet, den Beklagten den durch sein Meistgebot erstandenen Kotten zu überlassen.

Bei der Würdigung des erhobenen Beweises gelangte dann der Richter zu dem Ergebnisse:

> Aus der von den Zeugen bekundeten Aeußerung des Klägers geht jedenfalls eher das Gegentheil dessen hervor, was die Beklagten behaupten, nämlich, daß Kläger sein Gebot im eigenen Namen abgegeben hat.

Hieraus ergiebt sich, daß die jetzige Klägerin im Vorprozesse die Behauptung, der jetzige Beklagte habe von ihnen den Auftrag erhalten und angenommen, den Kotten für sie zu kaufen, als Einwand aufgestellt haben, daß aber der Richter des Vorprozesses den Einwand zwar für erheblich, aber nicht für erwiesen erachtet hat. Danach hat sich bereits im Vorprozesse der Streit der Parteien darum bewegt:

> ob der jetzige Beklagte von der jetzigen Klägerin den Auftrag erhalten und angenommen hat, den Kotten für sie zu kaufen,

und ob er deshalb verpflichtet ist, den gekauften Kotten der Klägerin zu lassen?

Demgemäß liegt Identität der Parteien, des Rechtsverhältnisses, worauf die Ansprüche der Prozesses beruhen, und des Rechtsstreites vor; es sind also die §§ 65, 66 der Einleitung zur A.G.O. vom Vorderrichter richtig angewendet worden.

Auch der auf Verletzung des § 38 A.G.O. I. 13 gestützte Angriff ist verfehlt.

Der § 38 findet eine nothwendige, in der Sache selbst liegende Beschränkung. Die üblichen Formulirungen der Klageanträge und des Urtheilstenors gehen nur in den selteneren Fällen auf ausdrückliche Feststellung der Rechtsverhältnisse; meistens beschränken sie sich darauf, festzustellen, welche bestimmte Leistung dem Beanspruchten als nothwendige Folge des als vorliegend anzusehenden Rechtsverhältnisses obliegt. In solchen Fällen läßt sich die wahre Bedeutung des Tenors nicht anders, als durch Zurückgehen auf die Urtheilsgründe ermitteln, erst dadurch ergiebt sich dann, was der Gegenstand des Rechtsstreites gewesen ist.

---

## Nr. 185.

**Exceptio rei judicatae. Die Entscheidung über einen Theil begründet keine Rechtskraft für das Ganze.**

A.G.O. Einleitung §§ 65, 66.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 7. Februar 1880 in Sachen D. wider Z. 87/80.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Ratibor ist zurückgewiesen. Nach Mittheilung des Sachverhalts heißt es in den

Gründen:

Der Appellationsrichter hat ausgeführt, daß nicht nur die Parteien, sondern auch der Gegenstand seinem inneren Wesen nach — d. h. nach Entstehungsgrund und Rechtsfrage — in beiden Prozessen identisch seien, daß aber eine Verschiedenheit des äußeren Gegenstandes vorliege, weil in dem früheren Urtel nur die Ratenzahlung für Dezember 1874, jetzt ein Theilbetrag des ganzen Restbetrages (1185 M.) von 300 M. beansprucht sei.

Dieser Ausführung kann darin, daß das frühere Urtel nicht

über den jetzt beanspruchten Gegenstand entschieden hat, nur beigepflichtet werden. Denn die Wirkung des Urtels geht nicht über das, was als Entscheidung ausgesprochen ist, hinaus; sie wird durch den Umfang und die Größe des erhobenen und abgeurtelten Anspruchs begrenzt, das streitige Rechtsverhältniß gilt nur in dieser Beziehung als festgestellt. Deshalb ist, wenn über den Theil einer Geldforderung entschieden ist, noch nicht über andere Theile derselben Entscheidung ergangen, wenn auch das die ganze Forderung bedingende Recht in den Gründen der Beurtheilung unterzogen ist, insbesondere, wenn es sich dabei um nicht miteinander in Verbindung stehende Raten handelt. Ein solcher Fall liegt hier vor; Kläger ist im Vorprozesse gegen den Beklagten aus dessen angeblicher Verpflichtung, für die Verbindlichkeiten der M. einzutreten, auf Zahlung einer von demselben nicht entrichteten Rate klagbar geworden und mit diesem Anspruche wegen Nichtbestehens der behaupteten Eintrittsverpflichtung abgewiesen. Er hat in der vorliegenden Klage einen andern Theil seiner angeblichen Forderung, welcher ihm neben dem abgeurtelten zustehen soll und auch den Ueberrest nicht erschöpft, gegen den Beklagten geltend gemacht. Ueber diesen Gegenstand hat das frühere Urtel nicht entschieden, und diese Verschiedenheit im Gegenstande beider Rechtsstreite wird dadurch nicht behoben, daß der angebliche thatsächliche Verpflichtungsgrund in jenem Urtel durch Eid widerlegt, und deshalb von dem Richter — wenn solches wirklich geschehen wäre — das Recht auf Bezahlung aller von der M. nicht berichtigten Raten verneint worden ist.

---

## Nr. 186.

### Unzulässigkeit des Rechtsweges gegen interimistische Entscheidungen der Polizeibehörde über Räumung von Gräben.

Gesetz vom 15. Novbr. 1811 §§ 5, 10.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (II. Hülfssenat) vom 15. Januar 1880 in Sachen J., Klägers, wider Th., Beklagten. 43/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Marienwerder ist in Betreff der behaupteten Zulässigkeit des Rechtsweges verworfen aus folgenden

Gründen:

Nach § 10 des Gesetzes vom 15. November 1811 wegen des

Wasserstandes bei Mühlen und Verschaffung von Vorfluth ist darüber, wann und wie die Auskrautung, Räumung, Vertiefung oder Verbreiterung eines Grabens oder Wasserabzuges erfolgen soll, der Rechtsweg ausgeschlossen, derselbe dagegen über die Verpflichtung zur Vornahme der vorgedachten Handlungen an sich zulässig. Das Ober-Tribunal und der Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenz-Konflikte haben in konstanter Praxis angenommen, daß der Polizeibehörde die Befugniß zustehe, in Streitfällen auch zu bestimmen, durch wen die nöthig befundene Räumung rc. bewirkt werden soll, daß aber dieser Bestimmung die rechtliche Natur einer interimistischen Entscheidung beiwohne, auf dieselbe daher der § 5 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 über die Zülässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen Anwendung finde.

(Vgl. Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 35 S. 180, Bd. 66 S. 263; Justiz-Ministerialblatt von 1853 S. 220, von 1855 S. 218, von 1866 S. 168 und von 1867 S. 263).

Danach ist der Rechtsweg über diese interimistische Festsetzung selbst unstatthaft. . . . Dagegen ist nach § 5 l. c. die richterliche Entscheidung zur Feststellung der Rechte unter den Betheiligten und über die zu leistende Entschädigung zuläßig.

---

## Nr. 187.

**Beweis einer Observanz. In wiefern sind Atteste von Behörden als Beweismittel zu benutzen?**

**A.G.O. I. 10 § 55.**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (IV. Civilsenat) vom 5. Januar 1880 in Sachen der Kirche zu Z. wider den Hofbesitzer P. 5/79.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten wider das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Marienwerder ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Der Appellationsrichter verlangt von den Beklagten den Beweis der von ihnen behaupteten Observanz. Der Vorwurf der Nichtigkeitsbeschwerde, daß er hierdurch die rechtliche Natur der Observanz und der auf den Beweis derselben gerichteten Parteipflicht verkenne, widerlegt sich durch die Hinweisung auf A.G.O. I. 10 § 55, wonach Observanzen und Gewohnheiten, wenn die Parteien darüber nicht einig sind, gleich anderen bestrittenen Thatsachen durch

Beweisaufnahme ins Licht gesetzt werden müssen. Daß der Richter ein Gewohnheitsrecht nicht aus eigener Kunde anwenden dürfe, sagt der Appellationsrichter nicht.

In der Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals vom 21. Februar 1870 (Entsch. 63 S. 323) ist ausgeführt, daß als Beweismittel für eine Observanz Zeugnisse und Urkunden, auch Atteste von Behörden, zulässig und keineswegs nur soweit zu berücksichtigen sind, als sie äußere Thatsachen betreffen. Diesen als richtig anzuerkennenden Satz hat der Appellationsrichter nicht verkannt, denn er hat die von den Imploranten beantragten Auskünfte der Behörden erfordert. Derselbe hat aber den Beweis der Observanz, auch durch die Auskunft des Landrathsamtes, deshalb nicht für geführt erachtet, weil diese Auskunft nur ein Urtheil enthalte. Hierbei steht er in vollem Einklang mit jener Entscheidung des Ober-Tribunals, welche einer solchen behördlichen Auskunft zwar Bedeutung beigelegt: insofern sie die Thatsache bezeugt, daß eine Gewohnheit stets ausgeübt sei und noch ausgeübt werde, nicht aber: insofern sie darüber entscheidet, daß in dieser Uebung das Vorhandensein einer Observanz zu erkennen sei. In der That aber enthält die Auskunft das Landrathsamts vom 25. Juli 1877 nichts von einem Zeugniß über die thatsächlich stattgefundene Uebung der von den Beklagten behaupteten Observanz, sondern spricht ausschließlich das rechtliche Urtheil aus:

> daß die Kalende, resp. das Kalendegeld Realabgabe ist, daher auf den Grundstücken ruht und ohne Rücksicht auf das Glaubensbekenntniß des Besitzers an die Kirche entrichtet werden muß.

Wollte man den Richter für verpflichtet erklären, eine solche Auskunft seiner Entscheidung zu Grunde zu legen, so würde man ihm die ihm allein obliegende Beurtheilung:

> ob die rechtlichen Erfordernisse der Observanz thatsächlich vorhanden sind?

entziehen und dieselbe in vielen Fällen auf die Verwaltungsbehörde, gegen deren Entscheidung gerade der Rechtsweg zulässig ist, zurück übertragen. Der vorliegende Fall liegt völlig anders, als der in jener Entscheidung des Ober-Tribunals ausgeurtheilte Fall. (Vgl. auch Striethorst Archiv 64 S. 28). (Die weiteren Gründe interessiren nicht.

---

## Nr. 188.

**1. Auf welche Gründe kann das Wechselseparatum gestützt werden? Sind auch solche Ausführungen zulässig, welche eine Klageverneinung enthalten? Insbesondere die Behauptung, daß der Wechselschuldner zur Zeit der Annahme des Wechsels unter väterlicher Gewalt stand?**

**2. Gerichtsstand für die Wechsel-Separatklage.**

A.G.O. I. 27 § 54, A.L.R. II. 2 §§ 125, 210 ff.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G. X. 406, XV. 15, XI. 177, XIV. 214. Entsch. des Ob.-Trib. XII. 368.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (III. Civilsenat) vom 2. Dezember 1879 in Sachen der Handlung Gebrüder S. zu Stettin, Beklagten und Revidentin, wider den Lieutenant a. D. v. B., Kläger und Revisen. 326/79.)

Kläger ist durch Kontumazial-Erkenntniß des Kreisgerichts zu Stolp vom 18. Januar 1876 zur Zahlung einer Wechselsumme von 33,000 M. nebst Zinsen verurtheilt. Er greift in der gegenwärtigen, bei ebendemselben Kreisgericht erhobenen Klage das Erkenntniß als unverbindlich an, weil er zur Zeit der Akzeptation des Wechsels unter väterlicher Gewalt gestanden habe, also nicht wechselfähig gewesen sei. Er hat in erster Instanz beantragt, das verurtheilende Wechselerkenntniß für nichtig zu erklären, in zweiter Instanz, Verklagte nicht für berechtigt zu erachten, aus dem Kontumazialurtheil Rechte wider ihn geltend zu machen.

Die Verklagte hält die Klage für eine Nullitätsklage und bestreitet die Zuläſſigkeit des Wechselseparatums wegen des geltend gemachten Anspruchs. Auch glaubt sie, daß die Klage nicht im Gerichtsstande des frühern Wechselprozesses, sondern in ihrem (der Verklagten) persönlichen Forum angestellt werden mußte.

Der erste Richter wies die Klage ab, der zweite Richter (das frühere preuß. Appell.-Gericht zu Cöslin) erkannte auf einen Erfüllungseid für Kläger und, falls derselbe geleistet wird, nach dem in zweiter Instanz gestellten Antrage.

Die Revision der Beklagten ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Die Klage ist ausdrücklich als Wechsel-Separatum begründet worden; sie führt aus, daß der im Wechselprozesse eingeklagte Wechsel unverbindlich, und die wechselmäßige Verurtheilung des jetzigen Klägers auf Grund eines jetzt geltend gemachten Einwandes ungerechtfertigt sei. Unzweifelhaft ist daher die Wechsel-Separatklage ange-

stellt, wenngleich der gestellte Antrag, das Erkenntniß, welches im Wechselprozesse ergangen ist, für nichtig zu erklären, dem Wechsel-Separatprozesse nicht genau entsprach, auch die dargelegte Absicht des Klägers nicht genau ausdrückte. Die genauere Präzisirung des Antrages in zweiter Instanz bildet deshalb nicht eine Klageänderung, enthält auch nicht eine unzulässige Aenderung, sondern nur eine Erläuterung des Klageantrages, welche noch in zweiter Instanz zulässig war. Die Klage ist auch ganz richtig bei dem Gerichte angebracht, welches in der Wechselsache erkannt hat. Vor dieses Gericht ist durch A.G.O. I. 27 § 53 das Wechsel-Separatverfahren verwiesen und davon macht § 54 Abs. 3 nur insoweit eine Ausnahme, daß Gegenforderungen, welche im Wechselverfahren nicht „gerügt" sind, an des Wechselklägers ordentliches Forum gewiesen sind. Um Gegenforderungen handelt es sich aber im vorliegenden Falle nicht. Der von der Revidentin angezogene § 54 Abs. 3 a. a. O. findet daher keine Anwendung.

Nach § 54 Abs. 1 kann der Wechselverklagte in dem Separatverfahren alle seine Einwendungen gegen die Forderungen des Wechselklägers ausführen, auch wenn er sie im Wechselprozesse nicht vorgebracht hat, oder sie dort wegen Mangels der Beweise verworfen sind. Daraus ergiebt sich zunächst, daß auch, wenn, wie im vorliegenden Falle, im Wechselprozesse ein Kontumazial-Erkenntniß ergangen ist, das Separatum nicht ausgeschlossen ist.

Ferner sind unter den zugelassenen Einwendungen nach dem Sprachgebrauche der preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung jedenfalls alle diejenigen Anführungen gegen den Klageanspruch zu verstehen, welche der Verklagte zu beweisen hat. Ob das Wort noch weiter auszulegen ist, braucht hier nicht untersucht zu werden. Das geltend gemachte Vorbringen, daß der jetzige Kläger zur Zeit der Ausstellung des fraglichen Wechsels noch unter väterlicher Gewalt stand, ist darnach ein für das Separatverfahren zulässiger Einwand, denn die Beweislast für die Grundlagen der väterlichen Gewalt, nämlich dafür, daß der Vater des Klägers zur fraglichen Zeit noch lebte, lag unstreitig dem Kläger ob.

Die Geltendmachung dieses Einwandes ist auch nicht, wie Revidentin meint, dadurch ausgeschlossen, daß Kläger denselben schon im Wechselprozesse hätte vorbringen können. Wenn auch der Zweck des Wechselseparatums ist, dem Verklagten zu ermöglichen, nachträglich

Einwendungen geltend zu machen, welche er nach den besonderen Vorschriften für den Wechselprozeß in diesem nicht durchführen kann, so schreibt doch das Gesetz für den Separatprozeß nicht die Prüfung der Frage vor, ob die Durchführung des Einwandes im Wechselprozesse möglich gewesen wäre, und es ist nicht zulässig, aus dem Zwecke des Gesetzes das angeordnete Verfahren in einer vom Gesetze nicht bestimmten Weise einzuschränken, zumal die gedachte Frage sich nachträglich oft gar nicht wird entscheiden lassen.

Hiernach ist das Vorbringen des Klägers, daß er zur Zeit, als er das Wechselakzept gegeben, unter väterlicher Gewalt gestanden habe, im vorliegenden Wechselseparatverfahren zulässig. Es ist auch erheblich, da nach preußischem Allgemeinen Landrecht namentlich Thl. II. Tit. 2 § 125 Kinder unter väterlicher Gewalt nicht unbeschränkt sich verpflichten können, nach Artikel 1 der Wechselordnung also nicht wechselfähig sind. Es steht fest, daß der Vater des Klägers am 10. Juni 1877 gestorben ist, also zur Zeit der Akzeptation des fraglichen Wechsels noch gelebt hat. Die väterliche Gewalt wird nach A.L.R. II. 2 §§ 210 ff. während des Lebens des Vaters nur durch die dort angegebenen Thatsachen aufgehoben; daß Kläger Lieutenant gewesen, wie er zugesteht, hob sie nach § 90 Anhangs zum Allgemeinen Landrecht nicht auf.

---

## Nr. 189.

**Der im Wechselprozeß durch Kontumazial-Erkenntniß Verurtheilte kann im Wechsel-Separatum zur eidlichen Diffession der Wechselunterschrift nicht zugelassen werden.**

A.G.O. I. 27 §§ 24, 29, 52, 54 (Deutsche Civ.=P.=O. § 562).

(Erkenntniß des Reichsgerichts (III. Civilsenat) vom 16. Dezember 1879 in Sachen Sch. wider G. 323/79.)

Der Kläger ist in einem vorangegangenen Wechselprozeß durch Kontumazial=Erkenntniß zur Zahlung von 660 Mk. nebst Zinsen und Kosten an den jetzigen Beklagten verurtheilt. In der jetzt von ihm angestellten Wechselseparatklage behauptet er, die Unterschrift seines Namens auf dem fraglichen Wechsel sei gefälscht worden. Er erbietet sich zur eidlichen Diffession und verlangt Aufhebung des ihn verurtheilenden früheren Erkenntnisses. Der erste Richter hat die Klage abgewiesen, der zweite Richter hat dem Kläger den Diffessionseid

abgenommen und demnächst erkannt, daß Kläger nicht schuldig sei, die im Vorprozeß erkannte Summe dem Beklagten zu zahlen. Die Entscheidung stützt sich namentlich auf die Erkenntnisse des frühern preuß. Ober-Tribunals, Entscheid. Bd. 12 S. 308, Bd. 34 S. 387, Bd. 51 S. 463. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten ist für begründet erachtet, und das erste abweisende Urtheil wiederhergestellt aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter hat in seinem von der Nichtigkeitsbeschwerde angefochtenen Urtheil den Satz zur Anwendung gebracht, daß dem im Wechselprozesse in contumaciam verurtheilten Beklagten im nachfolgenden Separatverfahren die eidliche Diffession seiner Unterschrift noch verstattet sei. Dieser Satz muß in Uebereinstimmung mit dem vormaligen Reichs-Oberhandelsgericht und aus den in Bd. 2 S. 431 ff., Bd. 3 S. 177 ff. und Bd. 10 S. 431 ff. der Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts entwickelten Gründen als rechtsirrthümlich bezeichnet werden. Das Argument, welches der Appellationsrichter für die gegentheilige Ansicht aufgestellt hat, kann zu keinem anderen Ergebnisse führen. Denn wenn derselbe bemerkt, eine über die Grenzen des Wechselprozesses hinaus wirksame Feststellung der Echtheit der Wechselurkunde könne namentlich mit Rücksicht auf die strengen Kontumazialvorschriften und die kurzen Fristen des Wechselprozesses nicht angenommen werden, so wird auf der einen Seite übersehen, daß die Allgemeine Gerichtsordnung gerade in Absicht auf die Rekognition der Wechselunterschrift ein umständliches Verfahren angeordnet hat, auf der anderen Seite aber wird verkannt, daß dem Wechselseparatum nicht der gesetzgeberische Gedanke zu Grunde liegt, den Beklagten vor den Folgen seiner eigenen contumacia zu schützen, sondern ihm nachträglich diejenige Beweisführung zu ermöglichen, die nach der besonderen Natur des Wechselprozesses in diesem Verfahren versagt werden muß.

---

## Nr. 190.

**Die Klage des Rechnungsstellers auf ein Liquidum setzt nicht eine vorhergehende Mittheilung der Rechnung an den Geschäftsherrn voraus.**

A.G.O. I. 45 §§ 5 und 6.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (I. Hülfssenat) vom 2. Januar 1880 in Sachen P. wider F. 151/79.)

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers ist das Erkenntniß des frühern preuß. Appell.-Gerichts zu Marienwerder vernichtet, und die Sache zur anderweiten Entscheidung in die zweite Instanz zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter hat sich über die rechtliche Qualifizirung des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses nicht ausgelassen. Aus seinen Ausführungen ist jedoch zu entnehmen, daß er zur Begründung des von dem Kläger geltend gemachten Anspruchs eine Rechnungslegung für erforderlich erachtet. Er findet auch in der Klage selbst die Legung der Rechnung, vermißt aber, daß die Rechnung vor der Klageanstellung dem Beklagten mitgetheilt oder ein Antrag auf Rechnungsabnahme gestellt ist. Bei diesem Mangel hält er den Kläger nicht für befugt, sofort ein bestimmtes Liquidum zu beanspruchen, und weist deshalb die Klage in der angebrachten Art zurück. Er stützt sich dabei auf A.G.O. I. 45, bezeichnet jedoch die Paragraphen nicht speziell.

Mit Recht wirft Implorant dem Appellationsrichter einen rechtsgrundsätzlichen Verstoß vor. War der Kläger zur Rechnungslegung verbunden und hat er die Rechnung in der Klage gelegt, so daß dieselbe dem Beklagten mit der letztern zugegangen ist, so hat er seiner Verpflichtung genügt. Einer Mittheilung der Rechnung an den Beklagten vor der Klageanstellung bedurfte es ebensowenig, wie eines Antrages auf Rechnungsabnahme. Das Gegentheil ist insbesondere auch nicht aus A.G.O. I. 45 §§ 5 und 6, welche der Appellationsrichter bei seinem Allegate offenbar im Auge gehabt hat, zu folgern, und wenn der Appellationsrichter dessenungeachtet aus diesen Vorschriften jene vermeintliche Verpflichtung des Klägers herleitete, so hat er sich der von der Nichtigkeitsbeschwerde gerügten Verletzung derselben schuldig gemacht (§ 4 Nr. 1 der Verordnung vom 14. Dezember 1833).

(Die weiteren Erwägungen sind thatsächlicher Natur).

## Nr. 191.

**Wird ein Eid mehreren Liquidatoren einer Handelsgesellschaft angetragen, so gilt er für verweigert, wenn auch nur ein Liquidator die Ausschwörung ablehnt.**

Handelsgesetzbuch Art. 136.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 11. Februar 1880 in Sachen E. u. A. wider A. 82/1880.)

Die Revision der Klägerin gegen das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Posen ist verworfen aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter hat den von dem Verklagten über die Rückgabe des von der Klägerin eingeklagten Wechsels anderweitig angetretenen Beweis verworfen, auf Ableistung des eventuell deferirten Eides darüber, daß der J. A. den Wechsel vom 29. Dezember 1876 auf die Aufforderung des Verklagten im April oder Mai 1877 nicht an sich genommen habe, seitens aller drei Liquidatoren resolvirt und die Rückgabe des Wechsels für erwiesen erachtet, weil nur zwei Liquidatoren diesen Eid abgeleistet haben, der dritte, J. A. aber die Ableistung verweigert hat. Das Reichs-Oberhandelsgericht (2. Senat) hat in dem Erkenntnisse vom 25. Juni 1873 (Entscheidungen Bd. 10 S. 356) auf Grund des Artikels 136 des Handelsgesetzbuchs überzeugend nachgewiesen, daß die einer offenen Handelsgesellschaft in Liquidation zugeschobenen Eide von sämmtlichen Liquidatoren abgeleistet werden müssen. Uebereinstimmend hiermit ist in dem Erkenntnisse desselben Gerichtshofes vom 30. März 1878 (Bd. 23 S. 311) ausgeführt, daß auch dann sämmtliche Liquidatoren den Eid zu leisten haben, wenn jeder von ihnen allein ermächtigt ist, die Liquidationsfirma zu vertreten. Es wird dies analog aus dem Satze gerechtfertigt, daß vor der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft ungeachtet Artikel 114 alle von der Vertretung der Gesellschaft nicht ausgeschlossenen Gesellschafter (Artikel 115) zu schwören haben, und die Eidesweigerung nur eines die Sachfälligkeit der Gesellschaft zur Folge hat. (Bd. 23 S. 311, 312.) Auch der anderweitig von dem Reichs-Oberhandelsgericht begründete Satz — daß die Rechte und Pflichten zur Eidesleistung über Gesellschaftsangelegenheiten durch die Befugniß bedingt ist, die Gesellschaft durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten (Entscheidungen Bd. 21 S. 344), steht hiermit im Einklange. Der Umstand, daß der eidesweigernde Mit-

liquidator J. A. ein Sohn des Verklagten ist, erscheint einflußlos. Auf die rechtliche Stellung der Liquidatoren Dritten gegenüber ist es ohne Einfluß, ob sie bei dem Ergebniß der Liquidation ein persönliches Interesse haben, oder nicht. (Entscheidungen Bd. 23 S. 313). Befürchtete die Klägerin Kollusion, so hätte sie möglicher Weise Schritte zur Beschaffung einer anderweitigen Vertretung thun können (Artikel 133 Abs. 2, Artikel 134). Hiernach erscheint das Appellationsgerichtserkenntniß gerechtfertigt.

---

## Nr. 192.

**Ist eine Bürgschaft nach der Qualität des Bürgen, als Kaufmannes, ein Handelsgeschäft, so ist an dem handelsrechtlichen Karakter derselben nicht zu zweifeln, auch wenn die Schuld, für welche sie bestellt worden, nicht aus einem Handelsgeschäft hervorgegangen ist.**

Handelsgesetzbuch Art. 281.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 14. Februar 1880 in Sachen G. wider L. 83/80.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten gegen das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Breslau ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Nichtigkeitsbeschwerde kann in ihrem ersten Theile keinen Erfolg haben, wenn die Annahme des Appellationsrichters begründet ist, daß die Bürgschaft des Verklagten für die Forderung des Klägers an den Gastwirth Hiller für gelieferte Weine eine Handels-Bürgschaft ist. Und dieser Auffassung muß man beitreten. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch hat den Begriff der Bürgschaft überhaupt und den Begriff der Handels-Bürgschaft insbesondere nicht näher bestimmt. In ersterer Beziehung folgt es der Begriffs-Bestimmung des bürgerlichen Rechts, in letzter Beziehung den allgemeinen Vorschriften, nach welchen die Eigenschaft eines Geschäftes, als eines Handelsgeschäftes, beurtheilt wird. So bestimmt der Artikel 281 des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, daß für die Bürgen die solidare Haftpflicht eintrete, wenn die Schuld aus einem Handelsgeschäfte auf Seiten des Hauptschuldners hervorgehe, oder wenn die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft sei. Also eine streng akzessorische Abhängigkeit der Handelsbürgschaft von dem Karakter

der Hauptschuld hat das allgemeine Handelsgesetzbuch nicht ausgesprochen. Es muß daher die Eigenschaft einer Bürgschaft, als einer Handelsbürgschaft, nach den Vorschriften Art. 271—274 beurtheilt werden. Wenn der Appellationsrichter nun aber feststellt, daß der Gläubiger sowohl als der Bürgschafts-Uebernehmer Kaufleute sind, so ist an dem handelsrechtlichen Karakter dieser Bürgschaft nach Art. 274 a. a. O. nicht zu zweifeln, ohne daß erforderlich wäre, daß auch die Schuld, für welche Bürgschaft geleistet worden, eine Handelsschuld sei. Die Bürgschaft war nach der Qualität des Bürgen, als Kaufmannes, ein Handelsgeschäft. Daß aber der Verklagte Kaufmann ist, das stellt der Appellationsrichter, in Uebereinstimmung mit Art. 4 a. a. O., aus dem Geschäftsbetriebe des Verklagten fest. Hiernach ist der Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde hinfällig. Als Handelsbürgschaft war die Bürgschaft des Verklagten an keine Form gebunden.

---

## Nr. 193.

**Sofern nicht die Schriftform vertragsmäßig bestimmt ist, kann in Handelssachen ein schriftlicher Vertrag durch einen mündlichen Vertrag geändert werden.**

Handelsgesetzbuch Art. 317.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 14. Februar 1880 in Sachen Sch., Beklagten, wider J. 74/80.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Ratibor ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter hat in vollständig richtiger Auslegung des Artikels 317 des Handelsgesetzbuches angenommen, daß ein schriftlicher Vertrag über Handelsgeschäfte auch durch einen mündlichen Vertrag abgeändert werden kann. Es ist in dem Erkenntniß des preußischen Ober-Tribunals vom 23. Mai 1876 (Entscheidungen Bd. 77 S. 298) überzeugend nachgewiesen, daß unter der befreienden Vorschrift des genannten Artikels nicht bloß das aus einer Willenserklärung unmittelbar hervorgegangene Rechtsgeschäft, sondern eben dieses Geschäft in seiner ganzen Rechtssphäre nach Entstehung, Wirkung und Auflösung steht. Gewiß können auch in Handelssachen

die Kontrahenten vereinbaren, daß ein Vertrag erst durch die schriftliche Abfassung Gültigkeit erlangen soll. Es ist aber nicht thatsächlich festgestellt, daß die Parteien eine solche Vereinbarung getroffen haben.

---

## Nr. 194.

**Die im H.G.B. Art. 343 dem Verkäufer beigelegten Befugnisse sind lediglich von dem Verzuge in der Empfangannahme bedingt. Ob die Waare tradirt ist, kommt nicht in Betracht.**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 6. März 1880 in Sachen des Kaufmanns K., Klägers und Imploranten, wider die Handlung C. und R., Beklagte und Imploratin. 119/80.)

Die Beklagte hat von dem Kläger eine Quantität Gerste gekauft und überliefert erhalten, dieselbe jedoch dem Kläger zur Disposition gestellt, weil sie dumpfig sei. Wiederholte Aufforderungen des Klägers zur Empfangnahme sind erfolglos geblieben. Nachdem auch eine letzte vom Kläger unter Androhung des Verkaufs gestellte Zahlungsaufforderung seitens der Beklagten unbefolgt geblieben ist, hat Kläger die Gerste von der Beklagten abholen und öffentlich meistbietend verkaufen lassen. Er klagt jetzt die Differenz zwischen dem Auktionserlös und dem Kaufpreise sowie das der Beklagten gezahlte Lagergeld ein. Auf den Einwand, daß die Gerste dumpfig gewesen sei, erwidert er, daß Beklagte die Gerste so wie sie ist gekauft habe.

Der erste Richter hat die Entscheidung von einem Eide über die letztgedachte Abrede abhängig gemacht, der zweite Richter — das preuß. Oberlandesgericht zu Breslau — die Klage abgewiesen. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers ist letztere Entscheidung vernichtet, und auf die Appellation des Beklagten das erste Erkenntniß bestätigt aus folgenden

### Gründen:

Nach der thatsächlichen Feststellung des Appellationsrichters hat die verklagte Handlung die an sie bereits abgelieferte Gerste wegen angeblich dumpfiger Beschaffenheit dem Kläger zur Disposition gestellt und ist — unter der Voraussetzung, daß diese Dispositionsstellung nicht gerechtfertigt war — mit der Empfangnahme in Verzug gerathen. Lediglich von diesem Verzuge in der Empfang-Annahme, d. h. von der verzögerten Erklärung des Empfängers, daß

er die Waare in Erfüllung des Vertrages annehme, sind aber die alternativen Befugnisse des Verkäufers im Artikel 343 des Handelsgesetzbuches — insbesondere die Befugniß zum öffentlichen Verkaufe der Waare — abhängig gemacht. Es kommt nicht darauf an, ob die Tradition nach dem subsidiarisch zur Anwendung kommenden bürgerlichen Rechte des betreffenden Staats bereits als erfolgt anzusehen ist (Erkenntniß des zweiten Senats des R.O.H. vom 18. Februar 1873 Bd. 9 S. 77). Es macht auch keinen Unterschied, ob die Waare bereits faktisch in den Besitz des Käufers gelangt ist. Die entgegenstehende Annahme des Appellationsrichters verletzt den Artikel 343 des Handelsgesetzbuches, und das zweite Erkenntniß ist zu vernichten.

Die weiteren Erwägungen haben kein allgemeines Interesse.

---

## Nr. 195.

**1. Die Bestimmungen des H.G.B. Art. 402 und 405 finden in dem Falle keine Anwendung, wenn der Frachtführer irrthümlicher Weise das Frachtgut ausgeliefert hat.**

**2. Nach gemeinem Recht (anders nach A.L.R. I. 11 § 128) überträgt die vom Verkäufer bewirkte Aushändigung der Waare an den Frachtführer zur Beförderung an den Käufer diesem ohne Weiteres nicht den Besitz und damit das Eigenthum der Waare.**

(Vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 9 S. 392 ff.)

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 6. März 1880 in Sachen der Bergisch-Märkischen Eisenbahngesellschaft zu Elberfeld, Klägerin und Implorantin, wider den Kaufmann B. zu Bochum, Beklagten und Imploraten. 60/80.)

Der in Bochum wohnhafte Beklagte hatte bei dem Kaufmann S. in Kiel brieflich eine bestimmte Quantität Rüböl zu verabredetem Preise bestellt, welche von dem Verkäufer in Kiel der Eisenbahn zur Beförderung an den Käufer übergeben wurde, unter Benachrichtigung des letzteren von der geschehenen Absendung der Waare. Die Klägerin, als letzter Frachtführer, hat das Gut dem Beklagten abgeliefert, fordert dasselbe aber zurück, event. dessen Werth, mit der Behauptung, die Ablieferung sei aus Irrthum erfolgt, der Absender habe sie noch vor Ankunft der Waare in Bochum angewiesen, das Gut nicht an den Beklagten, sondern an einen Agenten des Absenders abzuliefern, eine Weisung, welche durch ein Versehen der Güterexpedition unbeachtet geblieben sei. Dem Beklagten ist dieser Irrthum sofort nach der Ablieferung mitgetheilt. Er soll auch schon,

nach Behauptung der Klägerin, vor der Ablieferung durch den Agenten des Absenders von der anderweiten Verfügung desselben Nachricht erhalten haben, sich also im unredlichen und unrechtmäßigen Besitze befinden.

Beklagter bestreitet die Anführungen der Klägerin, namentlich den Irrthum. Er will sofort mit der Absendung Eigenthümer der Waare geworden sein.

Beide Vorderrichter haben die Klage abgewiesen. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin hat das Reichsgericht das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Hamm vernichtet und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückverwiesen, aus folgenden

Gründen:

Artikel 402 des Handelsgesetzbuchs entbindet den Frachtführer von der Verpflichtung, den Anweisungen des Absenders Folge zu geben, sobald er nach Ankunft des Guts am Ablieferungsorte den Frachtbrief an den darauf bezeichneten Empfänger abgegeben hat, und Artikel 405 giebt dem bezeichneten Empfänger eine Klage in eignem Namen gegen den am Ablieferungsorte eingetroffenen Frachtführer auf Uebergabe des Frachtbriefes und Auslieferung des Frachtgutes, sofern nicht vor Anstellung der Klage dem Frachtführer eine nach Artikel 402 noch zulässige Anweisung des Absenders wegen Zurückgabe des Gutes oder dessen Auslieferung an einen Andern als den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger zugegangen ist.

Mit Recht macht die Nichtigkeitsbeschwerde dem Appellationsrichter den Vorwurf der Verletzung dieser Artikel durch unpassende Anwendung. Denn der Appellationsrichter weist den Anspruch des Frachtführers auf Rückgabe des gegen die Angabe des Absenders irrthümlich ausgelieferten Gutes zurück, indem er diesen Fall unter Bezugnahme auf obige Gesetzesstellen demjenigen gleichstellt, in welchem eine Dispositionsänderung des Absenders rechtzeitig nicht erfolgt ist. Der vorliegende Fall einer solchen irrthümlichen Auslieferung des Frachtguts regelt sich nur unter Berücksichtigung der allgemeinen Vorschriften über die rechtlichen Folgen einer aus Irrthum geschehenen Leistung.

Diese Erwägung führt zur Vernichtung des angefochtenen Erkenntnisses. Der Appellationsrichter prüft zwar den Klageanspruch auch als Besitzklage und findet ihn auch in dieser Weise nicht be-

gründet. Aber dieser und der obige dem Handelsrecht entnommene Entscheidungsgrund stehen nicht selbständig neben einander so zwar, daß nach der Absicht des Appellationsrichters jeder für sich allein die Entscheidung tragen soll, sondern der Zusammenhang der Ausführung läßt erkennen, daß der Appellationsrichter, ohne zu bestimmen, ob er in dem Handelsgesetzbuch oder in dem Allgemeinen Landrecht die Entscheidungsnorm finde, beide Entscheidungsgründe als eine Alternative angesehen wissen will. Deshalb fällt mit dem einen Theil dieser Alternative die ganze Entscheidung.

In der Sache selbst konnte noch nicht definitiv erkannt werden. Es kann dahin gestellt bleiben, von welcher Bedeutung es gewesen wäre, hätte Beklagter, wie er einwendet, das Eigenthum des Frachtgutes bereits durch dessen Ueberlieferung an den Frachtführer erlangt. Denn der Erfüllungsort ist im vorliegenden Falle unstreitig Kiel, und es kommt deshalb das dort herrschende gemeine Recht zur Anwendung für den ganzen Umfang der obligatorischen Rechte und Pflichten, also auch bezüglich der Uebergabe der gekauften Waare. Der Auffassung des ersten Richters, welcher lediglich aus dem Schweigen der Parteien über das anzuwendende Gesetz deren freiwillige Unterwerfung unter das preußische Allgemeine Landrecht folgert, kann nicht beigetreten werden. Ein solches Schweigen berechtigt hier, wo es sich nicht um fremdes Recht handelt, nur die Annahme, es sei eine Abweichung von der den gegebenen Verhältnissen entsprechenden Regel nicht gewollt. Nach gemeinem Recht ist es aber nicht kontrovers, daß die vom Verkäufer bewirkte Aushändigung der Waare an den Frachtführer zur Beförderung an den Käufer diesem ohne Weiteres nicht den Besitz und damit das Eigenthum überträgt, wie solches im A.L.R. I. 11 § 128 vorgesehen wird (vgl. Windscheid Pandekten I. § 155).

Es kommt also wesentlich nur in Frage, ob die Bedingungen der Rückforderung einer aus Irrthum erfolgten Leistung (A.L.R. I. 16 §§ 189, 178 ff.) in rechtlicher und thatsächlicher Beziehung vorhanden sind.

Das dem Destinatär im Artikel 405 des Handelsgesetzbuchs gegebene Recht, in eigenem Namen die Erfüllung des Frachtvertrages vom Frachtführer zu fordern, tritt nach klarer Bestimmung dieses und des Artikels 406 nur unter der Voraussetzung ein, daß der zu Gunsten des Destinatärs zwischen dem Absender und dem Fracht-

führer abgeschlossene Frachtvertrag nicht vor der Erfüllung geändert wird dadurch, daß der Absender vor Aushändigung des Frachtbriefes über die am Orte der Ablieferung angekommene Waare — dem Anfang der Vertragserfüllung — dem Frachtführer die Anweisung zugehen läßt, nicht an den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger abzuliefern. Ist dies geschehen, so hat der Frachtführer diesem Empfänger gegenüber keinerlei rechtliche Verbindlichkeit. Hat also in vorliegendem Falle der Absender eine solche Weisung ertheilt, so leistete die Klägerin durch die Auslieferung des Guts an den Beklagten eine Nichtschuld, und es könnte dann nach Lage der Umstände auch nicht bezweifelt werden, daß die Leistung auf Grund des Irrthums erfolgt ist, die ändernde Anweisung des Absenders sei nicht geschehen. Der Beklagte kann der Kondiktion auch nicht mit Rücksicht auf A.L.R. I. 16 § 180 entgegen halten, er habe nur das erhalten, was ihm zukomme, nämlich die Uebergabe der gekauften Waare. Denn zwischen ihm und der Klägerin würde es sich immer nur um die Rechte und Pflichten aus dem Frachtvertrage handeln und der Frachtführer erfüllt durch die Auslieferung des Gutes an den Empfänger nur den Frachtvertrag und nicht den Vertrag, welcher zwischen dem Empfänger und dem Absender zum Abschluß gekommen ist und die Veranlassung für den Frachtvertrag bildet; er erfüllt und will nur erfüllen seine eigene Schuld, nicht die des Absenders. Der § 180 hat aber nach richtiger Auslegung immer die Voraussetzung, daß der Leistende zugleich mit seiner Schuld auch die eines Dritten zur Erfüllung bringen will (vgl. Entscheidungen des preußischen Ober-Tribunals Bd. 41 S. 123 ff.)

Daß endlich die Klägerin für ihre Person legitimirt ist, die Rückgabe des irrthümlich ausgelieferten Gutes zu verlangen, folgt schon aus Artikel 395 des Handelsgesetzbuchs, nach welchem der Frachtführer dem Absender für den Verlust des Gutes verantwortlich ist. Soll er dieser Verpflichtung im vollen Umfange genügen, so müssen ihm auch die Mittel zustehen, das Verlorene wieder herbeizuschaffen. Verloren ist aber im Sinne des Gesetzes das Frachtgut für den Frachtführer, wenn er außer Stande ist, dasselbe nach Bestimmung des Absenders auszuhändigen (vgl. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 4 S. 12 ff.).

Sonach sind im vorliegenden Fall alle Erfordernisse für die condictio indebiti vorhanden, wenn erwiesen wird, daß der Absender

wirklich die Ablieferung des Gutes an den Beklagten rechtzeitig untersagt hat. Die betreffende Behauptung der Klägerin ist vom Beklagten bestritten, und muß deshalb vorab der dafür angebotene Beweis erhoben und dann anderweit in erster Instanz erkannt werden.

---

## Nr. 196.

**Wechselrecht. Enthalten die in einem Wechsel gebrauchten Worte: „zahlbar bis zum 1. November 1878" eine genügende Angabe der Zahlungszeit?**

D.W.O. Art. 4 Nr. 4.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 10. April 1880 in Sachen des Rentiers D., Klägers und Imploranten, wider Sch., Beklagten und Imploraten. 3/80.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers wider das Erkenntniß des preußischen Kammergerichts zu Berlin ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter soll — nach Vorwurf der Nichtigkeitsbeschwerde — den Artikel 4 Nr. 4 der deutschen Wechsel-Ordnung verletzt haben, weil er dem auf die Zahlungszeit „bis zum 1. November 1878" gestellten Klagewechsel die Eigenschaft eines Wechsels abgesprochen hat. Dieser Vorwurf ist jedoch nicht begründet.

Die formale Rechtsnatur des Wechsels und dessen Bedeutung im Verkehre machen für den äußeren, sichtbaren Inhalt des Wechsels gewisse Voraussetzungen nothwendig, von deren Vorhandensein die Eigenschaft des Papieres als Wechsels abhängig ist. Die deutsche Wechselordnung hat diese merkantile Auffassung anerkannt, indem sie in den Artikeln 4 und 96 die wesentlichen Erfordernisse sowohl des gezogenen, als des eigenen Wechsels genau bestimmt, unter Nr. 4 a. a. O. — für beide Wechsel gemeinsam — die Angabe der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll, verlangt und weiter verordnet:

> „die Zahlungszeit kann . . . nur festgesetzt werden auf einen bestimmten Tag,
> auf Sicht (Vorzeigung, a vista etc.) oder auf eine bestimmte Zeit nach Sicht,
> auf eine bestimmte Zeit nach dem Tage der Ausstellung (nach Dato), auf eine Messe oder einen Markt (Meß- oder Marktwechsel).

Die deutsche Wechselordnung fordert also — abweichend zum Theil von älteren Wechselordnungen (A.L.R. II. 8 §§ 772 ff.) — für den Begriff des Wechsels einen in dem Papiere urkundlich gemachten, in sich selbst fixirten, oder — unter Anwendung der Artikel 30 und 32 a. a. O. — durch einfache Berechnung leicht festzustellenden bestimmten Zahlungstag und läßt nur bei den — besonders gearteten — Meß- oder Marktwechseln eine relative Bestimmung des Zahlungstages, d. h. die Bestimmung der Zahlungszeit durch die Gesetze des Meß- oder Marktortes zu (Art. 35 a. a. O.). Wechsel — statt auf einen Zahlungstag — auf eine Zahlungsfrist, d. h. auf einen längeren, geschlossenen Zeitraum gestellt, sind daher — Meß- oder Marktwechsel ausgenommen — nach dem Systeme der deutschen Wechselordnung nicht giltig, und die Leipziger Konferenz hat, eben weil sie einen bestimmten Zahlungstag in der Wechsel-Urkunde selbst verlangte, die sonst üblichen Wechsel a uso und a piacere nicht anerkannt und die Meß- oder Marktwechsel nur wegen ihrer merkantilen Bedeutsamkeit beibehalten. Protokolle der Leipziger Konferenz S. 14, 219; Renaud, Wechselrecht S. 65; Hartmann, Wechselrecht § 61; Thöl, Wechselrecht § 181. Der Klagewechsel, welcher die Zahlungsklausel „bis zum 1. November 1878" enthält, ist nun aber, wie der Appellationsrichter thatsächlich annimmt — nicht auf einen bestimmten Zahlungstag — jour fixe et déterminé Cod. de comm. art. 129 — sondern auf eine Zahlungsfrist gestellt. Eine Zahlungsfrist läßt den Zeitpunkt, in welchem die Zahlung gefordert werden kann und geleistet werden muß, jedenfalls unbestimmt, setzt denselben oft in das Belieben des Verpflichteten und gewährt für die Funktionen und den geregelten Lauf des Wechsels, insbesondere für Verfall, Protest, Regreß und Verjährung, keinerlei sichere Grundlage. Die Wissenschaft und die Praxis haben daher — mit wenigen Ausnahmen — nach dem Systeme der deutschen Wechselordnung Frist-Wechsel nicht für giltig erklärt. Kletke, Encyklopädie des europäischen Wechselrechts II. 642; Straß, Wechselrecht S. 49; Hoffmann, Erläuterung der deutschen Wechselordnung S. 194; Renaud, Wechselrecht § 66; Hartmann, Wechselrecht S. 160; Thöl, Wechselrecht § 181. Erkenntnisse der Gerichtshöfe: Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. 5 S. 429; Löhr, Central-Organ N. F. Bd. 3 S. 403, 404; Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 11, 170. Die im entgegengesetzten Sinne er-

gangenen Entscheidungen beruhen zum Theil auf interpretativer Auffassung und auf der Annahme, daß durch die Frist-Klausel — nach Wortsinn und Sprachgebrauch — ein bestimmter Zahlungstag festgesetzt worden sei, eine Annahme, welche hier — wie erwähnt, — nicht zutrifft. Vgl. Löhr, Central-Organ N. F. Bd. 1 S. 491, Bd. 2 S. 251; Hartmann, Central-Organ N. F. Bd. 8 S. 367; Archiv für deutsches Wechselrecht N. F. Bd. 6 S. 361; Busch, Archiv Bd. 37, 296.

Wenn die Nichtigkeitsbeschwerde dem Appellations-Richter den Vorwurf macht, daß er die Zahlungsklausel unrichtig interpretire, so übersieht sie, daß die Interpretation ein Akt der Subjektivität des Richters ist, und daß für denselben kein zwingender Grund vorlag, gerade im Sinne der Nichtigkeitsbeschwerde zu interpretiren. Wenn Brauer, worauf die Nichtigkeitsbeschwerde abzielt, im Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. 6 S. 226, 227 auszuführen sucht, daß Wechsel mit Zahlungsfrist — nach süddeutschem Sprachgebrauche — als auf einen bestimmten Zahlungstag gestellt anzusehen seien, so ist einmal nicht bekannt, ob an dem Orte der Ausstellung des Klagewechsels ein gleicher Sprachgebrauch gilt, und dann unterliegen Wechsel, weil ihr Lauf an keine Ortsgrenze gebunden ist, und weil sie daher ein universelles Zahlungsmittel des Handelsstandes *bilden*, überhaupt nicht der Auslegung nach rein partikularem Sprachgebrauche.

---

## Nr. 197.

**Kann von einem frühern Indossatar dem spätern die Einrede entgegen gestellt werden, die Wechselregreßklage des letzteren sei wegen Personeneinheit mit dem Aussteller unbegründet?**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 11. Februar 1880 in Sachen Sch., Beklagten, wider B., Kläger. 120/80.)

Die Revision des Beklagten wider das Erkenntniß des preuß. Kammergerichts ist für begründet erachtet, und die Sache zur weiteren Verhandlung in die I. Instanz zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

Durch den vom Kläger abgelehnten Delat-Eid steht fest, daß der — nach erhobenem Proteste — rückläufig gewordene Wechsel von dem Aussteller R. und Sohn eingelöst ist und daß der Kläger die gegenwärtige Regreßklage im Namen und im Auftrage des Aus-

stellers angestellt hat. Wenn der Kläger daher auch, als Nachmann des Verklagten, durch uneingeschränktes Indossament und durch den Besitz des Wechsels und Protestes formell zur Anstellung der Regreßklage legitimirt ist, so kann er doch das, durch jene Eidesweigerung festgestellte Vertretungsverhältniß nicht ignoriren und solches dem Einrederechte des Beklagten nicht entziehen. Der daraus entlehnte Einwand — auf eine Personen-Einheit des Klägers und des Ausstellers gerichtet — entspringt aus einer unmittelbaren und persönlichen Rechtsbeziehung zum Kläger. Daß nun aber der Aussteller des Wechsels, R. und Sohn, durch die Einlösung des nothleidenden Wechsels keine Regreßrechte gegen den Verklagten als Indossatar und Nachmann hat, das ist ebenso unbedenklich, als es unzweifelhaft ist, daß er nach dem Grundsatze: dolo agit, qui petit, quod redditurus est, auch aus dem späteren Indossamente, also als Nachmann des Verklagten, an letzteren sich nicht regressiren kann.

Es behauptet nun aber der Kläger, daß dem Indossamente des Beklagten eine Bürgschaft für den Akzeptanten zu Gunsten des Ausstellers R. und Sohn zum Grunde liege. Wäre das der Fall — und ein Indossament ist dazu geeignet —, dann wäre in dieser Bürgschaftsleistung nothwendig ein Verzicht seitens des Verklagten auf den Regreß an den Aussteller enthalten, und andererseits würde — auf der Grundlage dieses Bürgschaftsaktes — unter dem Schutze des späteren Indossaments auch ein wechselmäßiger Rückgriff für den Aussteller und Nachmann R. und Sohn auf den Beklagten — für welchen Rückgriff eben die Bürgschaft als Valutageschäft gilt — realisirbar sein. R. und Sohn käme dann nicht in seiner Qualität als Aussteller des Wechsels, sondern als Indossatar und Nachmann des Verklagten in prozessualische und wechselmäßige Beziehung. Da jenes die wechselmäßigen Regreßrechte beeinflussende Rechtsverhältniß die Parteien auch unmittelbar und persönlich betrifft, so ist dasselbe auch von der Erörterung in diesem Prozesse nicht ausgeschlossen.

Zur Erörterung der Sache nach dieser Richtung und zur anderweiten Entscheidung war die Sache daher in die erste Instanz zurückzuweisen.

---

## Nr. 198.

**Die Einrede, daß der Inhalt eines Wechsels gefälscht sei, ist für eine Einrede aus dem Wechselrecht zu erachten, welche jedem Wechselinhaber gegenüber geltend gemacht werden kann.**

A.D.W.O. Art. 82. Entsch. des R.-Ob.-H.-Ger. Bd. 23 S. 341 und die dortigen Allegate. Entsch. des Ob.-Trib. Bd. 39 S. 244.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 17. Januar 1880 in Sachen S. wider P. 2/80.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers wider das Erkenntniß des preußischen Oberlandesgerichts zu Posen ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Bei Beurtheilung der Folgen einer Fälschung des Inhalts eines Wechsels kommt, außer den allgemeinen Grundsätzen über die Fälschung von Urkunden als Beweismitteln, wesentlich die Eigenthümlichkeit des Wechsels als Formalakt in Betracht, in Folge deren der Wechsel der Träger der Forderung ist und die Wechselerklärung an sich die Wechselverbindlichkeit begründet. Obgleich die Wechselordnung nur in Artikel 75 Bestimmung über die falsche oder verfälschte Unterschrift des Ausstellers und in Artikel 76 solche über falsche und verfälschte Akzepte und Indossamente enthält, nicht auch Bestimmungen über Verfälschung der Wechselsumme, so sind die Folgen solcher Fälschung doch aus der besonderen Natur des Wechsels zu beurtheilen, der Einwand aus einer solchen Fälschung ist im Sinne des Artikel 82 der Wechsel-Ordnung daher als aus dem Wechselrechte selbst hervorgehend anzusehen, kann jedem Wechselinhaber gegenüber geltend gemacht werden. Die Entstehung der Artikel 75, 76 ergiebt, daß dies auch die Absicht bei Redaktion derselben war. Der Einwand der Fälschung der Wechselsumme ist ein untheilbarer, ganz aus dem Wechselrecht herrührender, nicht, wie Implorant bei der mündlichen Verhandlung auszuführen versucht hat, in Betreff der Frage, ob der Wechsel auf Höhe der ursprünglichen Wechselsumme verpflichtend geblieben ist, aus dem Civilrecht entnommen, denn es handelt sich dabei darum, ob das Erforderniß eines Wechsels nach Artikel 4 Nr. 2 der Wechselordnung durch die Fälschung nicht beseitigt ist.

Der Angriff wegen Verletzung des Artikel 82 der Wechsel-Ordnung durch Zulassung des Einwandes der Fälschung der Wechselsumme als aus dem Wechselrecht selbst hervorgehend ist danach unbegründet.

---

## Nr. 199.

**Die Behauptung, ein Wechsel sei verfälscht, ist als Einrede vom Aussteller zu beweisen. Macht der Wechselkläger geltend, die Aenderung des Wechselinhalts enthalte keine Fälschung, so trifft ihn für diese Replik die Beweislast.**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 11. Februar 1880 in Sachen St., Beklagten, wider M. u. G., Kläger. 123/80.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten wider das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.=Gerichts zu Breslau ist für begründet erachtet und die Sache zur weiteren Verhandlung in die zweite Instanz zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

Die Wechsel=Obligation hat Wirkung und rechtliche Existenz nur im Umfange des durch den Skriptur=Inhalt beurkundeten Willens, und jede Aenderung dieses Inhaltes — ohne Wissen und Zustimmung des Ausstellers — ist Fälschung und zerstört — wenigstens dem Aussteller gegenüber und abgesehen von den Wirkungen weiterer Begebungen — das Wesen des ursprünglichen Wechsels. Die Vermuthung spricht, bei anerkannter Unterschrift, für die Richtigkeit des Wechsel=Inhalts, und Sache des in Anspruch genommenen Ausstellers ist es, die Fälschung zu behaupten und zu beweisen. Sind Umstände vorhanden, welche im konkreten Falle der vorgenommenen Aenderung des Wechsel=Inhalts den Karakter der Fälschung nehmen, so ist die hierauf hinzielende Behauptung des Klägers — nach prozeßrechtlicher Sprachweise — eine Replik, und für diese liegt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen dem Behauptenden, also dem Kläger, die Beweislast ob (Entscheidungen des Reichs=Oberhandelsgerichts Bd. XIII. S. 252).

Diesen Grundsatz des materiellen Rechtes verletzt der Appellationsrichter, wie die Nichtigkeitsbeschwerde mit Recht rügt, wenn er, nachdem der Verklagte die behauptete Fälschung bewiesen hat, von ihm auch noch den Beweis des Nichtvorhandenseins von Umständen — also hier des Nichtvorhandenseins der Genehmigung des Verklagten zu der Inhalts=Veränderung — verlangt, durch welche in concreto der Begriff einer Fälschung ausgeschlossen wäre.

---

## Nr. 200.

**§ 1 des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 findet auch auf solche Eisenbahnen Anwendung, welche nicht zu den allgemeinen Verkehrsanstalten gehören, sofern sie in Ansehung der Gefährlichkeit des Betriebes den zum allgemeinen Verkehr bestimmten Eisenbahnen gleich zu achten sind.**

Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871.

Entsch. des Reichs-Ob.-Hand.-Ger. Bd. 21 S. 154.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 21. Januar 1871 in Sachen K. wider Essener Bergverein. 29/1880.)

Der Revision des Klägers gegen das Erkenntniß des früheren preuß. Appell.-Gerichts zu Hamm ist stattgegeben aus folgenden

Gründen:

In der Sache selbst ist unstreitig, daß der Kläger bei dem Betriebe der Anschluß- und Rangirbahn der Verklagten beschädigt ist.

Der Ansicht der Verklagten, daß diese Bahn lediglich ein Zubehör ihres Bergwerks sei, kann nicht in dem Sinne beigetreten werden, daß sie deshalb nicht als eine Eisenbahn im Sinne des § 1 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 anzusehen sei.

Die Aeußerung des Bundesbevollmächtigten bei Berathung des § 1 im Reichstage, daß die zum Betriebe eines Bergwerks oder einer Fabrik dienenden Eisenbahnen unter § 2 des Haftpflichtgesetzes fallen, wenn sie nur integrirende Bestandtheile eines Bergwerks oder einer Fabrik seien, andernfalls nach § 1 zu beurtheilen sein würden, hat keinen Widerspruch gefunden und scheint dem Sinne des Gesetzes zu entsprechen.

Die hier in Frage stehende Bahn diente nun nicht den Zwecken des Bergbaues, sondern stand mit der Köln-Mindener Eisenbahn in unmittelbarer Verbindung, diente dazu, die auf letzterer Bahn abzusendenden Kohlenzüge zu rangiren und aufzustellen. Sie diente damit wesentlich den Zwecken des Transports, und der Umstand, daß der Betrieb durch die Verklagte geschah, schließt nicht aus, sie als eine Eisenbahn im Sinne des § 1 des Haftpflichtgesetzes zu erachten.

Die von der Verklagten betriebene Bahn war nicht eine öffentliche Verkehrsanstalt, diente vielmehr nur zur Vorbereitung des Transports der von der Verklagten gewonnenen Kohlen. Es kann aber der von Eger in seinem Kommentar zu § 1 des Haftpflichtgesetzes vertheidigten Ansicht nicht beigetreten werden, daß der § 1 nur auf Eisenbahnen anwendbar sei, welche öffentliche Verkehrsan-

stalten sind; vielmehr muß in Uebereinstimmung mit der Praxis des Reichs-Oberhandelsgerichts (vgl. Entscheidungen desselben Bd. 21 S. 154) angenommen werden, daß § 1 a. a. O. auch auf Eisenbahnen anwendbar ist, welche nicht zu den allgemeinen Verkehrsanstalten gehören, sofern sie in Ansehung der Gefährlichkeit des Betriebs den zum allgemeinen Verkehr bestimmten Eisenbahnen gleichzuachten sind. Dies ergiebt sich aus der vorgedachten Erklärung des Bundesbevollmächtigten und aus dem Zwecke des Gesetzes, Schutz zu gewähren gegen die besonderen Gefahren des Eisenbahnbetriebes, welche nicht an die Bahnen geknüpft sind, die dem öffentlichen Verkehr dienen.

Auf der Bahn der Verklagten wurden die abzusendenden Kohlenzüge rangirt und auf die Köln-Mindener Eisenbahn befördert, und zwar vermittelst einer Lokomotive; dies würde, wenn der Betrieb mit dem der Köln-Mindener Bahn vereint wäre, unzweifelhaft zum Betriebe der Eisenbahn gehören; die Trennung der Betriebshandlungen in der Art, daß Verklagte sie theilweise für die von ihr abzusendenden Züge übernahm, ist ohne Einfluß; der Betrieb der Verklagten umfaßte gerade Betriebshandlungen von derselben Gefährlichkeit, wie sie der Betrieb der Eisenbahnen als öffentlicher Verkehrsanstalten mit sich führt. Auch ist die Kürze der Bahn der Verklagten nicht, wie der zweite Richter meint, geeignet, die besonderen Gefahren des Eisenbahnbetriebs und damit die Anwendbarkeit des § 1 des Haftpflichtgesetzes auszuschließen.

Danach ist dieses Gesetz auf den vorliegenden Fall anwendbar.

---

## Nr. 201.

**Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871. Der Anspruch aus § 2 des Gesetzes ist durch den ursachlichen Zusammenhang zwischen der erlittenen Verletzung und dem Betriebe der im Gesetz bezeichneten Gewerbe bedingt.**

Vgl. Entsch. des R.-Ob.-Hand.-Ger. Bd. 22 S. 311.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 31. Januar 1880 in Sachen L. wider R. 7/1880.)

In Folge Revision der Beklagten ist das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Paderborn abgeändert und das erste, den Kläger abweisende, Erkenntniß wiederhergestellt aus folgenden

### Gründen:

Der Kläger hat den Unfall, für den er die Beklagten aus § 2 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 verantwortlich machen will, erlitten beim Abladen schwerer Bauhölzer von dem Wagen, auf welchem sie zu dem Zechenhofe der Beklagten angefahren worden waren. Eine solche Arbeit steht an sich in keinem ursachlichen Zusammenhange mit dem Betriebe eines Bergbaues, sie kann unter verschiedenen Verhältnissen vorkommen, welche mit dem Bergbau nichts zu schaffen haben. Hierzu kommt, daß auch die zufällige Beziehung, welche diese Arbeit zum Bergbau der Beklagten gehabt hat, mit Rücksicht darauf, daß die Hölzer vorgerichtet werden sollten für ein dem Bergbau dienliches Gebäude, eine so entfernte ist, daß sie auf gleicher Linie steht mit dem Fällen und Anfahren der Bäume und andern Verrichtungen, welche dadurch, daß sie in Verbindung mit weiteren Funktionen in ihren letzten Zielen für den Bergbau bestimmt sind, doch von dem eigentlichen Betriebe noch nicht ergriffen werden.

Der Anspruch aus § 2 des gedachten Gesetzes ist aber durch einen solchen ursachlichen Zusammenhang zwischen der erlittenen Verletzung und dem Betriebe der im Gesetze bezeichneten Gewerbe bedingt (vgl. Erkenntniß des R.O.H.G. vom 10. Juni 1877, Entscheidungen Bd. 22 S. 311). Sonach mußte das abweisende Erkenntniß erster Instanz wiederhergestellt werden.

---

## Nr. 202.

**Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871. Die Vorschriften der Landesgesetze — insbesondere A.L.R. I. 6 §§ 19, 21 — über das konkurrirende Verschulden des Beschädigten sind bei Anwendung des Haftpflichtgesetzes nicht zu berücksichtigen.**

Entsch. des R.-Ob.-Hand.-Ger. Bd. 16 S. 111.

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 7. Februar 1880 in Sachen Ph. wider M. 21/80.)

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten gegen das Erkenntniß des vormaligen preuß. Appell.-Gerichts zu Hamm ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Der zweite Richter hat sich augenscheinlich der Ansicht des Reichs-Oberhandelsgerichts, ausgesprochen in seiner Entscheidung

Bd. 16 S. 111, angeschlossen, daß im Falle des § 2 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 auf ein konkurrirendes Verschulden des Beschädigten die Bestimmungen der Landesgesetze nicht anwendbar sind, vielmehr der § 2 nach allgemeinen Grundsätzen zu interpretiren ist und dabei in Frage kommt, ob ungeachtet der Konkurrenz die Folgerung zu halten ist, daß die Verletzung durch die Schuld des Angestellten herbeigeführt ist, oder ob nicht mit derselben Berechtigung sich behaupten läßt, der schädliche Erfolg sei durch das Verschulden des Verletzten herbeigeführt. Ob der erhobene Angriff wegen Verletzung des § 2 a. a. O. hiergegen gerichtet ist, ergiebt die Nichtigkeitsbeschwerde nicht bestimmt. Ist er es, so muß er in dieser Beziehung unbegründet erscheinen.

Die an sich nahe liegende Annahme, daß, da das Haftpflichtgesetz über das konkurrirende Verschulden keine ausdrücklichen Vorschriften enthält, darüber die Landesgesetze in Anwendung zu bringen sind, widerspricht dem Zwecke des Gesetzes, die Haftpflicht für den Umfang des Reichs möglichst gleichmäßig zu ordnen, während die Landesgesetze, namentlich das preußische Allgemeine Landrecht, das gemeine Recht und das französische Recht über konkurrirende Verschuldung wesentlich von einander abweichen.

Die betreffenden Bestimmungen des preußischen Allgemeinen Landrechts, des hier in Frage kommenden Landesgesetzes, sind aber auch in dieser Frage mit den Bestimmungen des Haftpflichtgesetzes unvereinbar. Evident ist dies in Betreff der §§ 19, 21 A.L.R. I. 6 der Fall, nach denen der Umfang des zu ersetzenden Schadens für den Fall eines konkurrirenden Verschuldens ermäßigt wird, was mit § 3 des Haftpflichtgesetzes unvereinbar ist, wonach der Umfang des Schadensersatzes in allen Fällen derselbe ist.

Im Mangel ausdrücklicher Bestimmungen des Haftpflichtgesetzes und bei Nichtanwendbarkeit der Landesgesetze wird aber nach § 2 des Haftpflichtgesetzes, interpretirt nach allgemeinen Grundsätzen, zunächst in Frage kommen, ob die Verletzung in Wirklichkeit auf das Verschulden des Angestellten zurückzuführen ist, oder ob sie nicht ebensowohl dem Verschulden des Verletzten zugeschrieben werden kann.

Der zweite Richter hat daher den § 2 a. a. O. nicht dadurch verletzt, daß er die Entscheidung der Sache von der Beantwortung dieser Frage abhängig gemacht hat.

---

## Nr. 203.

**Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871. In Betreff der Höhe einer dem Beschädigten zu gewährenden Rente enthält das verurtheilende Erkenntniß nach § 7 Abs. 2 des Gesetzes nur ein Interimistikum. Die Minderung wegen veränderter Umstände des Beschädigten kann jedoch nicht für die Vergangenheit, sondern nur von Anstellung der neuen Klage ab gefordert werden.**

(Erkenntniß des Reichsgerichts (V. Civilsenat) vom 28. Januar 1880 in Sachen W. wider H. 18/80.)

Der Kläger ist in einem Vorprozesse verurtheilt worden, der in seiner Fabrik beschädigten Beklagten lebenslänglich monatlich 30 M. zu zahlen. Die Beklagte hat jetzt eine Anstellung als Telegraphistin gefunden. Kläger hat deshalb im gegenwärtigen Prozesse Aufhebung der Rente verlangt. Der zweite Richter — das vormalige preuß. Appell.-Gericht zu Frankfurt a. O. — hat die Rente auf monatlich 15 M. vom Tage der Klagebehändigung ermäßigt. Die von der Beklagten gegen dieses Erkenntniß eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen aus folgenden

### Gründen:

Durch § 7 Abs. 2 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 ist dem auf Grund des gedachten Gesetzes zur Zahlung einer Rente Verurtheilten das Recht gegeben, die Aufhebung oder Minderung der Rente, und ebenso dem Verletzten, die Erhöhung oder Wiedergewährung derselben zu fordern, wenn die betreffenden Verhältnisse inzwischen sich wesentlich verändert haben.

Der Sinn dieser gesetzlichen Bestimmung ist, wie auch bei deren Berathung im Reichstage hervorgehoben worden, der, daß das Erkenntniß, welches auf Grund des Haftpflichtgesetzes ergeht, zwar in Betreff der Haftpflicht selbst rechtskräftig wird, nicht aber in Betreff der Höhe der Rente, diese vielmehr auf Grund späterer Aenderungen in den Verhältnissen durch anderweites Erkenntniß anders festgestellt werden kann. In Betreff der Höhe der Rente ist das Erkenntniß im Reichstage zutreffend als ein Interimistikum bezeichnet.

Von welchem Zeitpunkte ab die Aenderung der Rente eintreten soll, ist im Gesetze nicht direkt bestimmt. Es können in Betracht kommen die Zeit der Aenderung der Verhältnisse, die Zeit der Rechtskraft des die Aenderung aussprechenden Erkenntnisses und die Zeit der Behändigung der Klage auf Aenderung der Rente.

Eine ähnliche gesetzliche Bestimmung wie in § 7 Abs. 2 findet

sich bereits im A.L.R. I. 6 § 119, wonach, sobald der Beschädigte zu einem wirklichen Erwerbe gelangt, dieser von der zu leistenden Entschädigung abgerechnet werden muß. Diese Abrechnung findet nach den Worten des Gesetzes vom Eintritte des Erwerbes ab statt, obgleich die Entschädigung rechtskräftig zugesprochen worden ist. Die dort gedachte Entschädigung besteht aber nach § 115 a. a. O. in denjenigen Vortheilen, welche dem Verletzten dadurch entzogen sind, daß er sein Amt oder Gewerbe in der bisherigen Art zu betreiben gänzlich außer Stande gesetzt ist. Dieser gegenüber konnte jeder eigene Erwerb gewissermaßen, wie in § 119 geschehen, als eine Erledigung des Erkenntnisses angesehen werden. Dies trifft für die nach dem Haftpflichtgesetz zuzusprechende Entschädigung in Kapital und Rente nicht zu, § 7 Abs. 2 geht daher auch nicht von der Auffassung der Erledigung des früheren Erkenntnisses, sondern von dem der Berücksichtigung einer Veränderung seiner Grundlagen aus.

Darin liegt eine gesetzliche Einschränkung der Grundsätze von der Rechtskraft der Entscheidungen, und bei der Auslegung solcher Abweichung von allgemeinen Grundsätzen ist nicht über die deutlich erkennbare Absicht des Gesetzes hinauszugehen. Diese Absicht kann aber nicht dahin gegangen sein, gegen den Verletzten, welcher die ihm zugesprochene Rente verzehrt hat, ohne daß ihm ein Verlangen des Zahlungspflichtigen nach Minderung oder Fortfall der Rente bekannt geworden war, deren Fortfall oder Minderung für die vergangene Zeit eintreten zu lassen.

Die Aenderung der Rente tritt daher nicht materiell mit der Aenderung in den maßgebenden Verhältnissen ein, kann vielmehr nur für die Zukunft gefordert werden. Der maßgebende Zeitpunkt ist aber nicht der der rechtskräftigen Entscheidung über die Aenderung der Rente. Das frühere Erkenntniß hat zwar bis zu der anderweiten rechtskräftigen Entscheidung die Bedeutung und Wirkung eines Interimistikums, so daß es bis dahin auch zu vollstrecken ist; daß aber die Aenderung nicht von einem früheren Zeitpunkte ab erfolgen kann, wird durch die Grundsätze von der Rechtskraft nicht bedingt. Die Rechtskraft der früheren Entscheidung, wenn sie nicht durch das Gesetz beseitigt wäre, würde jede Aenderung ausschließen. Der Zeitpunkt für die eintretende Aenderung muß auch für die Anträge des Verletzten und für die des Verpflichteten ein gleicher sein; es kann aber nicht als die Absicht des Gesetzgebers angenommen

werden, daß, wenn zeitweise die Rente ganz fortgefallen war, deren Zahlung bei Wiedereintritt der Verpflichtung dazu erst vom Tage der Rechtskraft des betreffenden Erkenntnisses eintreten soll. Ueberhaupt ist nicht anzunehmen, daß der zufälligen Dauer des Prozesses auf Aenderung der Rente, der Verschleppung desselben durch die Gegenpartei und dem Einlegen ungerechtfertigter Rechtsmittel ein Einfluß auf das materielle Recht hat beigelegt werden sollen. Das Gewicht ist vielmehr auf den Zeitpunkt zu legen, wo durch Behändigung der Klage auf Aenderung der früheren Bestimmung über die Höhe der Rente die Rechtshängigkeit dieses Anspruchs eingetreten ist. Da ist die Aenderung der Rente, wie § 7 verlangt, gefordert und zwar in der legalen, den Gegner bindenden Weise, nachdem auch die, die Aenderung begründende Aenderung der Verhältnisse eingetreten war. Wird dieser Zeitpunkt als der maßgebende angesehen, so ist die Einschränkung der Rechtskraft des früheren Erkenntnisses in der Art erfolgt, daß die vom Gesetze zugelassene Aenderung der früheren Entscheidung erfolgen kann, ohne die materiellen Rechte des Gegners zu beeinträchtigen.

Hieraus ergiebt sich, daß der zweite Richter in seiner Entscheidung über den Zeitpunkt der Abänderung der Rente das Richtige getroffen hat.



Wilhelm Gronau's Buchdruckerei in Berlin.

